This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 193 199

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Germany. Laws, statutes, etc. Codes, Commercial

Das

Handelsgesetzbuch

für das Deutsche Reich

Erläutert von

K. Lehmann und **V. Ring**

ord. Professor der Rechte in Rostock — Kammergerichtsrath in Berlin

Zweiter Band

bearbeitet von

K. Lehmann

ord. Professor der Rechte in Rostock

Berlin

Carl Heymanns Verlag

1901

Digitized by Google

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Vorrede.

Die nicht leichte Begrenzung der Aufgabe in der Kommentirung des dritten Buches wurde durch den Gesichtspunkt bestimmt, daß der Kommentar sich dem Gesammtrahmen des Unternehmens nach Umfang und Behandlungsart einzufügen hatte. Von vornherein war danach eine Erläuterung auf der Basis des bürgerlichen Rechts nach Art des Düringer-Hachenburgischen Kommentars ausgeschlossen. Eine mechanische Abtheilung des Stoffes lediglich nach dem Wortlaut des Gesetzesparagraphen erschien jedoch von Uebel. Der Leser darf verlangen, daß das innerlich Zusammengehörige abgerundet vorgetragen werde, damit ihm die Mühe des Aufschlagens verschiedener Werke erspart werde. Insbesondere war dies für den Abschnitt über den Handelskauf geboten.

Wieweit zu gehen war, blieb oft zweifelhaft. Die Rücksicht auf das alte Handelsgesetzbuch spielte eine gewisse Rolle, konnte aber nicht unbedingt entscheidend sein. So erschien es unnöthig, die in den allgemeinen Theil des bürgerlichen Rechts gehörigen Lehren vom Vertragsschluß und der Stellvertretung ausführlich nochmals zu behandeln. Ebenso wurden von der Behandlung die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Zahl und die Arten der Rechtsmittel bei Mängeln der Kaufsache ausgeschlossen — während der §. 326 des B. G.B. in die eingehende Erörterung gezogen wurde, weil §. 376 des H. G.B. ohne ihn in der Luft schwebt.

Der Umfang des Bandes zeigt, daß auch bei Beschränkung der Stoff reichhaltiger Behandlung fähig bleibt.

Das Sachregister ist auf Veranlassung der Verlagshandlung von sachkundiger Hand ausgearbeitet worden.

Das ganze Werk wird in Kürze zum Abschluß gelangen.

Rostock im Juni 1901.

Karl Lehmann.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Drittes Buch.

Handelsgeschäfte.

Seite

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§. 343—372 1

Zweiter Abschnitt. Handelskauf §§. 373—382 97

Anhang zum zweiten Abschnitt 188

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft §§. 383—406 197

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft §§. 407—415 268

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft §§. 416—424 290

Anhang. Bankverwahrungsgeschäft 306

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft §§. 425—452 309

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen §§. 453—473 369

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche. Vom 10. Mai 1897 406

Preußisches Ausführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche. Vom 24. September 1899 419

Sachregister 423

Digitized by Google

Verzeichniß der Abkürzungen zum zweiten Bande.

Abraham . . .	Die hanseatische Rechtsprechung auf dem Gebiete des Handels-, Versicherungs-, Wechsel- und Seerechts. I. 1900.
A. D. H.G.B. . .	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
Adler-Clemens	Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche. Von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens, Wien, Bd. I—V 2. Aufl. 1891, VI 1890, VII 1891, VIII 1892, IX 1894, X 1898.
Anschütz-Völderndorff . .	Kommentar zum Allg. D. H.G.B. mit Ausschluß des Seerechts, von A. Anschütz und Frhr. v. Völderndorff. 3 Bände. 1867/73.
Behrend . . .	Lehrbuch des Handelsrechts, von J. Fr. Behrend, Berlin 1886 ff.
B. G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch.
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, von A. Bolze, seit 1886.
Busch	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausgegeben von F. B. Busch, seit 1863.
von Canstein .	Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts von Dr. R. Frhr. v. Canstein, Berlin 1895.
Cosack	Lehrbuch des Handelsrechts von Konrad Cosack, 5. Aufl., 1900.
C.P.O.	Civilprozeßordnung (Fassung vom 17. Mai 1898, nach Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898)
Denkschrift I . .	Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, aufgestellt im Reichs-Justizamt (Guttentagsche Ausgabe).
Denkschrift II . .	Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes (Reichstagsvorlage) in: Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session. Anlage Bd. VI, Aktenstück Nr. 632, S. 3141 ff.
Dernburg b.R. .	Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens.
D. J.Z.	Deutsche Juristenzeitung.
Dove-Apt. .	Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, herausgegeben von H. Dove und M. Apt, 1899/1900.
Düringer-Hachenburg .	Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg, 1898 ff.
E. B. G.B. . . .	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Eger	Eger, Das deutsche Frachtrecht. 2. Aufl. 1888/90.
E. H.G.B. . . .	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.
Endemann, Einführung . . .	Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, von Fr. Endemann, 6. Aufl., 1899.
Endemann, Hdb.	Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von W. Endemann, 1881 ff.
Entw. I . . .	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, aufgestellt im Reichsjustizamt.
Entw. II . . .	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, Reichstagsvorlage.
E.V.K.O . . .	Eisenbahnverkehrsordnung.
F. G.	Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Gareis	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, mit Anmerkungen von C. Gareis, 1898.

Digitized by Google

Gareis-Fuchsberger . . .	Das Allg. D. H.G.B., herausgegeben und erläutert von C. Gareis und O. Fuchsberger, 1891.
G.B.O.	Grundbuchordnung.
Gierke, D. P.R. .	O. Gierke, Deutsches Privatrecht.
Goldschmidt, Hdb.	L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Bd. I, 1874/75.
Goldschmidt, System . . .	L. Goldschmidt, System des Handelsrechts, 4. Aufl. 1892.
Gruchot . . .	Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, herausgegeben von J. A. Gruchot, später von Rassow und Küntzel.
Grünhut . . .	Grünhut, Recht des Commissionshandels 1879.
G.V.G.	Gerichtsverfassungsgesetz.
von Hahn . .	F. v. Hahn, Kommentar zum Allg. D. H.G.B., Bd. II, 2. Aufl.
Hanausek . . .	G. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waaren 1883/87.
H.G.B.	Handelsgesetzbuch.
H.G.Z.	Hanseatische Gerichtszeitung, Hauptblatt, Handelsrechtliche Fälle.
Holdheim. . .	Wochenschrift (später Monatsschrift) für Aktienrecht und Bankwesen (später für Handelsrecht und Bankwesen), herausgegeben von P. Holdheim, seit 1892.
Johow	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von R. Johow und O. Küntzel, seit 1881.
Keyßner . . .	Allg. D. H.G.B., nach Rechtsprechung und Wissenschaft erläutert von H. Keyßner, 1878.
K.O. oder R.K.O.	Konkursordnung.
Kommissionsber. .	Bericht der achtzehnten Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches. Stenogr. Berichte des Reichstages, 9. Legislaturperiode, 4. Session, Anlagebd. VII Aktenstück Nr. 735, S. 3869 ff.
Makower . . .	Handelsgesetzbuch mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower, Buch I—III neu bearbeitet von F. Makower, 12. Aufl., 1898 ff.
Oertmann . .	Kommentar zum B. G.B. Recht der Schuldverhältnisse von P. Oertmann.
Planck	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, erläutert von G. Planck u. a.
Prot.	Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allg. D H.G.B., herausgegeben von Lutz.
Puchelt-Förtsch	Kommentar zum Allg. D. H.G.B., herausgegeben von Puchelt 4. Aufl., bearbeitet von Förtsch, 1894
R.G.	Reichsgericht.
R.G.E.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
R.G.O.	Reichsgewerbeordnung.
Riesenfeld . .	Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche 1900.
R.O.H.G. . .	Entscheidungen des Reichs Oberhandelsgerichts.
Schollmeyer .	Kommentar zum B. G.B. Recht der Schuldverhältnisse von Fr. Schollmeyer.
Seuffert . . .	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.
Staub	H. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. Aufl. (Staub^5 = 5. Aufl.).
Striethorst . .	Archiv für Rechtsfälle des Königlichen Obertribunals, von Th. Striethorst.
W.O.	Allgemeine deutsche Wechselordnung.
Z.	Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.

Zur Beachtung.

Bei Citaten aus diesem Kommentar ist unter Nr. stets die am äußeren Rand angegebene Nummer zu verstehen.

Digitized by Google

Drittes Buch.

Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung.

1. Die in den „Allgemeinen Vorschriften" des ersten Abschnittes enthaltenen Normen betreffen die verschiedenartigsten Gegenstände. Außer Begriffsbestimmungen, Rechtsvermuthungen, Auslegungsgrundsätzen, Umgrenzungen des Herrschaftbereichs des H.G.B. werden zerstreute schuldrechtliche und sachenrechtliche Verhältnisse geordnet. In letzterer Hinsicht handelt es sich fast überall um Einzelabweichungen vom bürgerlichen Recht. Nur die Regelung des Kontokurrents und die des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (§§ 355–357, 369—372) stellen sich als geschlossene Materien dar. Sie sind deshalb ausführlicher zu kommentiren.

Im Uebrigen muß es genügen, nur diejenigen Sätze des bürgerlichen Rechts in die Erläuterung hineinzuziehen, die für das Verständniß der Einzelabweichung wesentlich oder doch wichtig sind, während sonst auf die Kommentare über das B.G.B. zu verweisen ist. Andernfalls würden die diesem Kommentar gezogenen Grenzen überschritten.

2. Zusammengehalten mit dem ersten Abschnitt des vierten Buches des alten H.G.B. stellen sich die „allgemeinen Vorschriften" als erheblich gekürzt dar. Den 66 Artikeln (Art. 271–336) stehen nur 30 Paragraphen gegenüber. Diese Erscheinung ist hauptsächlich eine Folge der Uebernahme zahlreicher Einzelbestimmungen in das B.G.B., deren Streichung im neuen H.G.B. somit nothwendig war. Auch auf die in das bürgerliche Recht übernommenen Bestimmungen des alten H.G.B. wird von uns nur soweit eingegangen werden, als dies zum Verständniß des neuen H.G.B. erforderlich ist, und zwar wird dies an den Stellen, wo der Zusammenhang die Erörterung am passendsten erscheinen läßt, geschehen. Sätze von ganz allgemeiner Tragweite dagegen, die jetzt für das Handelsrecht nicht mehr ins Gewicht fallen als für das bürgerliche Recht und die lediglich der früheren Rechtszersplitterung ihre Aufnahme in das alte H.G.B. verdankten, werden von uns nicht erörtert werden. Dahin gehören vor Allem die Art. 278, 280, 281 Abs. 1, 283, 285, 286, 294, 295, 299 des alten H.G.B. Der Auslegungssatz des Art. 278 ist durch B.G.B. § 133, Art. 280 durch B.G.B. § 427, Art. 281 Abs. 1 durch B.G.B. § 421, Art. 283 durch B.G.B. §§ 249, 252, Art. 285 durch B.G.B. §§ 336, 337 ersetzt. Eine Anfechtung wegen laesio enormis (Art. 286) kennt das B.G.B. nicht mehr und die Beseitigung der lex Anastasiana (Art. 299) ist ohnehin längst erfolgt. Daß die Anerkennung einer Rechnung den Beweis eines Irrthums oder Betruges nicht ausschließt (Art. 294), gilt nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und der Satz des Art. 295, wonach die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung an den Ablauf einer Zielfrist nicht gebunden ist, ist schon lange vor dem B.G.B. gemeines Recht geworden.

3. Der Kommentirung der einzelnen §§ schicken wir einen kurzen Abschnitt über die Vertheilung der Beweislast voraus.

Digitized by Google

Einige Bemerkungen zur Vertheilung der Beweislast.

Litteratur: Aeltere: Regelsberger, Pandekten § 195; Unger, System des österreich. allgem. Privatrechts §§ 123ff.; Fitting in Zeitschr. für Civilprozeß Bd. 13; Reinhold, Die Lehre von dem Klagegrunde 1888; Sieveking, Bedeutung und Gültigkeit des Satzes: Negantis pulla probatio 1889; Betzinger, Die Beweislast im Civilprozeß 1894 (Zusammenstellung zahlreicher Präjudikate). Neuere: Planck, Kommentar S. 43—47; Stölzel, Schulung für die civilist. Praxis 4 Aufl. (Vorwort u. passim); Staub, Kommentar S. 12ff.; Kreß, Zur Lehre von der Beweislast nach dem B.G.B. 1899; Beckh, Die Beweislast nach dem B.G.B. 1899; Düringer-Hachenburg II S. 176ff.; Rosenberg, Die Beweislast nach der C.P.O. und dem B.G.B. 1900; Crome, System des deutschen b. R. I § 127.

Nr. 1. I. Der Entw. I des B.G.B. hatte im zehnten Abschnitt (Beweis) in den §§ 193ff. folgende Sätze aufgestellt:

§ 193: „Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen zu beweisen. Wer die Aufhebung eines Anspruchs oder die Hemmung der Wirksamkeit desselben geltend macht, hat die Thatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung oder Hemmung erforderlich sind."

§ 194: „Wer die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint, hat diese besonderen Thatsachen zu beweisen.

Dies gilt insbesondere für Rechtsgeschäfte, wenn geltend gemacht wird der Mangel der Geschäftsfähigkeit, der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betruges, oder wenn geltend gemacht wird, daß eine besondere Form rechtsgeschäftlich bestimmt worden sei."

§ 195: „Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat, wenn eine besondere Form zur Gültigkeit desselben erforderlich ist, auch die Beobachtung dieser Form zu beweisen."

§ 196: Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zu Stande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangstermines oder Endtermines errichtet worden sei".

§ 197: „Die Erfüllung oder den Ausfall einer Bedingung hat derjenige zu beweisen, welcher aus der betreffenden Thatsache ein Recht herleitet".

§ 198: „Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Thatsache vermuthet werde, so gilt dieselbe für erwiesen; es ist jedoch der Beweis des Gegentheiles zulässig, sofern nicht ein Anderes vorgeschrieben ist".

Nr. 2. II. Von diesen allgemeinen Sätzen ist nur § 198 in die C.P.O. als § 292 in anderer Fassung aufgenommen. Dagegen sind die §§ 193–197 gestrichen worden, weil man die Aufstellung allgemeiner Sätze über die Beweislast in der Gesetzgebung für unzweckmäßig hielt. Gegen die sachliche Richtigkeit der §§ 193—197 erhob man in der Kommission im Allgemeinen keine Einwendungen. Bekämpft wurde nur § 196, insoweit er von der auflösenden Bedingung und dem Endtermine handelte. Die Gleichstellung beider mit der aufschiebenden Bedingung widersprach der bisherigen Praxis. Vgl. Planck S. 44.

Entbehrt somit das B.G.B. allgemeiner Beweisregeln, so hat es durch seine Wortfassung vielfach klare Fingerzeige über die Vertheilung der Beweislast gegeben, an manchen Stellen sie sogar ausdrücklich geregelt. Das Gleiche gilt vom H.G.B., dessen Sprache sich der des B.G.B. möglichst anpaßt.

Nr. 3. 1. **Regelfall, Ausnahmefall.** Wo das Gesetz erst den Regelfall ordnet und dann in einem neuen Satz zu dem Ausnahmefall übergeht, mit den Worten „dies gilt nicht", „dies tritt nicht ein", „diese Vorschrift findet keine Anwendung", „Ausgenommen ist ...", hat, falls gegenüber dem Regelfall der andere Theil sich auf den Ausnahmefall beruft, der andere Theil den Ausnahmefall zu beweisen. Wenn z. B. nach B.G.B. § 171 die kundgegebene Vollmacht so lange bestehen bleibt, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird, nach § 173 dies aber nicht gilt, falls der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß, so würde der Vollmachtgeber, der sich gegenüber einem Anspruche aus einem Rechtsgeschäfte des Dritten mit seinem Vertreter auf das Erlöschen der Vollmacht beruft, ohne deren kundgemachten Widerruf zu behaupten, nachweisen müssen, daß der Dritte

Digitized by Google

das Erlöschen bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes kannte oder kennen mußte. Wenn nach dem H.G.B. § 438 Abs. 1 die Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht erlöschen, nach § 438 Abs. 2 diese Vorschrift aber „keine Anwendung findet, soweit die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist", so hätte der trotz Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht gegen den Frachtführer Ansprüche erhebende Destinatär den Nachweis zu führen, daß die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist.

2. Einen Ausnahmefall erweist auch klar die Wendung „es sei denn daß". Wenn z. B. nach B.G.B. § 153 das Zustandekommen des Vertrages nicht dadurch gehindert wird, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist, so würde der Erbe des verstorbenen Antragstellers, der sich auf den vor der Annahme erfolgten Tod des Antragstellers beruft, beweisen müssen, daß dieser andere Wille anzunehmen sei. Nr. 4.

Der Dritte, der nach H.G.B. § 15 Abs. 2 eine eingetragene und bekannt gemachte Thatsache nicht gegen sich gelten lassen will, muß beweisen, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

3. Ebenfalls auf einen Ausnahmefall weist hin der negative Konditionalsatz, in dem das „nicht" dem „wenn" „sofern" 2c. unmittelbar angefügt oder nur durch ein Reflexiv- oder Demonstrativpronomen („sich" „er", „sie" „es") von ihm getrennt ist. Durch diese Stellung soll das „wenn nicht" (nisi) dem „es sei denn daß" gleichgestellt sein. Wer sich also auf den Thatbestand beruft, den das „Wenn nicht" einleitet, gegenüber dem Regelfall des Hauptsatzes, hat den Thatbestand des „Wenn nicht" zu beweisen. So hat nach B.G.B. § 273 Abs. 1, wer das an und für sich gegebene Zurückbehaltungsrecht des Gegners aus dem Grunde bestreitet, weil das konkrete Schuldverhältniß es ausschließe, den Beweis zu liefern, daß aus dem Schuldverhältniß sich ein Anderes ergebe („sofern nicht aus dem Schuldverhältniß sich ein Anderes ergiebt"). Nach dem H.G.B. § 412 hat der Spediteur das Selbsteintrittsrecht, „wenn nicht ein Anderes bestimmt ist", folglich hat der Auftraggeber, der das Selbsteintrittsrecht bestreitet, den Nachweis, daß ein Anderes bestimmt sei. Zahlreiche Beispiele bei Planck S. 45, 46 und Düringer-H. II S. 191. Insbesondere fallen hierunter Ausschließungen dispositiver Rechtssätze durch Parteivereinbarungen. Nr. 5.

4. Der Ausnahmefall wird hin und wieder positiv durch die beschränkende Partikel „nur" ausgedrückt. Insbesondere gilt dies mit Bezug auf die Abgabe der Genehmigungserklärung, die an eine bestimmte Frist gebunden ist. Sie gilt als verweigert, wenn sie nicht bis zum Ablauf der Frist erfolgt. Die Verweigerung wird als Regel, die Genehmigung als Ausnahme betrachtet. Wer also die Verweigerung behauptet, braucht nur deren Voraussetzung, Ablauf der Frist, darzuthun, während der andere Theil die innerhalb der Frist erfolgte Genehmigung nachweisen muß. So im Falle B.G.B. § 108 Abs. 2. Der Gegenkontrahent des Minderjährigen, der sich auf die Verweigerung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters stützt, hat nachzuweisen: a) daß er den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert habe, b) daß die Frist von 2 Wochen seit Empfang der Aufforderung verstrichen ist. Der gesetzliche Vertreter muß demgegenüber nachweisen, daß er die Genehmigung innerhalb jener Frist ertheilt und daß er die Genehmigungserklärung dem Gegenkontrahenten gegenüber abgegeben habe. Ebenso B.G.B. §§ 177 Abs. 2, 415 Abs. 2. Nr. 6.

5. Umgekehrt enthält der positive Konditionalsatz natürlich ein Thatbestandsmerkmal, das Voraussetzung des Anspruches ist. Wer sich also auf einen im Hauptsatz enthaltenen, aber durch den von einem positiven „wenn", „sofern", „soweit", „solange" beherrschten Nebensatz beschränkten Regelfall beruft, muß nachweisen, daß der Regelfall in jener Beschränkung gegeben ist. Ebenso liegt natürlich der Fall, wo der positive Nebensatz mit Voraussetzung des Prädikates beginnt. („Hat sich der Spediteur mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt" H.G.B. § 413). Nr. 7.

6. Zweifelhafter liegt dagegen die Sache da, wo der negative Konditionalsatz derart gefaßt ist, daß das „nicht" vom „Wenn" durch andere Worte getrennt ist oder daß es noch weiter nach hinten steht, z. B. B.G.B. § 251 Abs. 1: „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Nr. 8.

Digitized by Google

Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen", B.G.B. § 293: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt", B.G.B. § 271: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen". Nach Planck soll in solchen Fällen der Konditionalsatz nach der Auffassung des Gesetzes nicht eine Ausnahme von der Regel, sondern eine Voraussetzung der Regel ausdrücken. Es handelt sich nicht um ein „Wenn nicht", sondern um ein „Wenn". Das „Wenn" leitet freilich auch ein negatives Thatbestandsmerkmal ein, allein für die Beweislast ist es an und für sich gleichgültig, ob die zu beweisende Thatsache in dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein gewisser Umstände besteht (Mot. zu Entw. I Bd. I S. 383). Meist wird dies der Sachlage entsprechen, aber nicht stets. Planck weist selbst auf die wichtige Ausnahme hin, die B.G.B. § 284 Abs. 1 liefert. Nach der Satzstellung müßte der Gläubiger beweisen, daß auf die Mahnung hin der Schuldner nicht bezahlt habe, während nach der Absicht des Gesetzes nur die Mahnung zu beweisen ist. Auch in einem anderen Fall, nämlich B.G.B. §§ 269 Abs. 1, 271 Abs. 1 nimmt Planck wohl mit Recht das Gegentheil von der Wortfassung an (anders Stölzel, Schulung 4. Aufl. S. VIII).

Nr. 9. 7. In einzelnen wichtigen Fällen enthält das Gesetzbuch eine direkte Regelung der Beweislast. Hierhin gehört vor Allem der für das Handelsrecht so wichtige § 282 des B.G.B.

> „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner."

Sodann B.G.B. § 363:

> „Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei."

Für den Fall des Kaufes bestimmt B.G.B. § 442: „Bestreitet der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Rechte, so hat der Käufer den Mangel zu beweisen."

Weitere Fälle in B.G.B. §§ 345, 358, 542 Abs. 3, 636 Abs. 2.

III. Abgesehen von diesen Fingerzeigen überläßt das Gesetzbuch die Frage der Vertheilung der Beweislast der Wissenschaft. Die oben mitgetheilten §§ 193—197 des Entw. I spiegeln den vor dem B.G.B. in der Praxis und Wissenschaft eingenommenen Standpunkt im Ganzen wieder. An ihrer Hand soll eine kurze Erläuterung erfolgen.

Nr. 10. 1. Wer einen Anspruch klageweise geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen nachzuweisen, die **klagebegründenden** Thatsachen. Von einem rein abstrakten Standpunkt würden dahin gehören einmal alle positiven Ereignisse, welche nothwendig eingetreten sein müssen, damit der Anspruch erzeugt werde — sodann alle negativen Thatbestände, das Fehlen aller Ereignisse, welche diesen Anspruch von vornherein ausschließen oder nachträglich zerstören. Daß diese Formulirung ganz unbrauchbar ist, leuchtet sofort ein, sie macht den Beweis des Anspruches ganz unmöglich. Wer als Verkäufer einen Anspruch geltend macht, hätte danach nicht bloß die Vereinbarung über Waare und Preis, sondern auch die Nichtzahlung des Kaufpreises, die nicht erfolgte Kreditirung, die volle Geschäftsfähigkeit, die Nichtvereinbarung einer bestimmten Form, das Nichtvorliegen der Simulation u. s. w. zu beweisen. Es ist daher selbstverständlich, daß unter klagebegründenden Thatsachen nur ein engerer Kreis von Thatsachen zu verstehen ist. Von selbst ergiebt sich, daß alle Thatsachen, die den bereits entstandenen Anspruch nachträglich wieder aufheben oder ändern, auszuscheiden sind. Denn die nachträgliche Aufhebung des Entstandenen ist eine Thatsache, die nicht vermuthet wird, sondern selbst des Nachweises bedarf. Wer also nachgewiesen hat, daß sein Anspruch entstanden ist, darf füglich erwarten, daß ihm nachgewiesen werde, sein Anspruch sei wieder untergegangen. Mitunter ist solche aufhebende Thatsache gerichtskundig, wie z. B. der Tod eines Menschen nach Ablauf zweier Jahrhunderte seit seiner Geburt. Wo dies nicht der Fall ist, hat bei Bestreiten der Theil, der sich auf die nachträgliche Aufhebung des entstandenen Anspruches beruft, den Beweis der Aufhebung zu erbringen. Steht also der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis fest, so hat der Käufer den nachträglichen Untergang nachzuweisen. Dies ist die einfache Anwendung der römischen Rechtsregel: „ei incumbit probatio qui dicit non qui negat."

Digitized by Google

Schwieriger ist die Untersuchung, wieweit Thatbestände, die bei der Entstehung des Anspruches von Einfluß sind, zu den klagebegründenden Thatsachen im engeren Sinne gehören. Die früher von der Praxis befolgte Scheidung zwischen positiven und negativen derart, daß negative ganz auszuscheiden seien, ist aufgegeben. Auch eine negative Thatsache kann klagefundamentirende sein. Macht das Gesetz das Fehlen einer Thatsache zur Voraussetzung eines Anspruches in dem Sinne, daß nur, wer darthut, jene Thatsache sei nicht da, den Anspruch durchsetzen könne, so muß der den Anspruch Erhebende den Beweis, daß jene Thatsache nicht eingetreten sei, liefern. So kann das Gesetz für die Geltendmachung des Anspruchs z. B. den Nachweis verlangen, daß nicht ein Einspruch eines Dritten zu einem Register erfolgt sei oder daß die naturale Herstellung des Ersatzes nicht möglich sei oder daß nicht geschuldet werde oder daß man eine Thatsache weder gekannt habe noch kennen mußte. Freilich werden Fälle dieser Art verhältnißmäßig selten sein, sie spielen die größte Rolle bei den Kondiktionen. Im Großen werden die klagebegründenden Thatsachen positive Ereignisse, also Veränderungen des bisherigen Zustandes darstellen. Der Kläger hat im Großen und Ganzen nicht den Beweis, daß etwas nicht geschehen sei, zu führen. Insbesondere hat er bei Dispositivsätzen nicht das Fehlen einer anderen Vereinbarung darzulegen, sondern umgekehrt der Gegner sich auf die andere Vereinbarung zu berufen und diese zu beweisen (Staub S. 13—22, dagegen Stölzel, Schulung 4. Aufl. S. XXXI). Das B.G.B. hat meist Sorge getragen, jede Unklarheit darüber, ob ein negatives Ereigniß klagefundamentirend sei, durch seine Fassung zu beseitigen. Nr. 11.

Rechtsvermuthung, Auslegungsregel. Umgekehrt sind nicht alle vom Kläger behaupteten positiven Thatbestände, die einen Einfluß auf die Entstehung des Anspruches besitzen, klagebegründende im Sinne der Beweislast. Dies ergiebt zwar nicht die Logik, aber die Zweckmäßigkeit des Rechts. Das Recht muß von gewissen Zuständen als den regelmäßigen ausgehen, weil sie nach der Statistik die weitaus überwiegenden sind, auf ihrem Ueberwiegen überhaupt die Rechtsordnung beruht. Ihnen gegenüber erscheinen die abweichenden Zustände als die abnormen. Am schärfsten ist dieser Standpunkt ausgeprägt bei der Rechtsvermuthung, indem das Gesetz hier gewisse Thatsachen solange als vorhanden vermuthet, bis der Beweis des Gegentheils erbracht ist (also nicht schon bei Wahrscheinlichmachung des Gegentheils die Vermuthung aufgiebt). Gehören solche Thatsachen zum Klagefundament, so gelten sie als vom Kläger erwiesen, falls nicht der Beklagte ihr Nichtvorhandensein nachweist. Jede einfache Rechtsvermuthung enthält also eine Verschiebung der Beweislast. Solche Rechtsvermuthung kann zum Gegenstand haben eine einzelne Thatsache, z. B. den Tod eines Menschen, die Vollziehung des Beischlafes, oder das Bestehen beziehungsweise Nichtbestehen des subjektiven Rechts überhaupt, z. B. die Rechtsvermuthung des § 891 B.G.B. (vgl. Beckh S. 77 ff.). Auch innere Willens- oder Gemüthszustände können Gegenstand der Rechtsvermuthung sein, wie z. B. der böse Glaube im Falle des H.G.B. § 367, während die umgekehrte allgemeine Vermuthung des guten Glaubens (quisquis praesumitur bonus) keine eigentliche Rechtsvermuthung darstellt, weil guter Glaube etwas bloß Negatives ist und Negationen nur ausnahmsweise klagefundamentirend im Sinne der Beweislast sind (Beckh S. 61). Den Rechtsvermuthungen nahe stehen die Auslegungsregeln. Das Gesetz nimmt „im Zweifel" einen bestimmten Willen bei Vorhandensein gewisser Thatbestände an. Wer sich auf diesen Willen stützt, braucht nicht mehr als jene Thatbestände nachzuweisen und kann vom Gegner den Beweis dafür erwarten, daß im konkreten Falle ein anderer Wille anzunehmen sei. Noch weiter wie die Auslegungsregeln geht die Dispositivvorschrift, sie verlangt, daß eine andere Willenserklärung erfolgt sei, verschiebt also die Beweislast in dem Sinne, daß der Gegner nachweise, es sei nicht bloß ein Anderes gewollt, sondern auch ein Anderes „bestimmt", „vereinbart" (Beckh S. 88). Nr. 12.

Rechtsvermuthung und Auslegungsregeln enthalten Verschiebungen der Beweislast, weil der Gesetzgeber nach Maßgabe seiner Einrichtungen oder der sozialen Ordnung oder der Erfahrung der Meinung ist, im Regelfalle werde die Thatsache oder der Wille bestehen; wer sich auf den Ausnahmefall des Nichtbestehens beziehe, müsse nachweisen, daß solcher vorliege.

Indessen ist für die Beweislastvertheilung außer der Rechtsvermuthung und Auslegungsregel überhaupt das Verhältniß von Regel zur Ausnahme in Betracht zu ziehen (Reinhold S. 38). Auch da, wo von einer eigentlichen Rechtsvermuthung nicht gesprochen werden kann, zwingt jenes Verhältniß zur Umkehrung der Beweislast. Nr. 13.

Digitized by Google

Soweit ein direkter Rechtssatz hierfür nicht vorhanden ist, ist lediglich aus der Natur der Sache heraus in diesem Sinne zu entscheiden. So wird, wer sich auf die lebende Geburt, auf den Tod, auf das Geschlecht eines Menschen beruft, diese zu erweisen haben, weil für alle diese Thatsachen keine natürliche Vermuthung spricht. Dagegen ist die mangelnde Rechts- oder Geschäftsfähigkeit als Ausnahmefall zu betrachten, dem Gesetz ist die volle Rechts- bez. Geschäftsfähigkeit Regel (Fitting S. 49). Klar ist dies für den Fall der geistigen Erkrankung, der Verschwendung, Trunksucht, wo zweifellos abnorme Zustände vorliegen, aber es gilt auch für die Minderjährigkeit, denn der ganze Abschnitt des B.G.B. über die Geschäftsfähigkeit behandelt Ausnahmen von der Regel (a. A. Beckh S. 135).

Nr. 14. Daß eine Willenserklärung in der vom Gesetz oder Vertrag erforderten **Form** erging, hat zu beweisen, wer aus der Willenserklärung Rechte herleitet. Eine natürliche Vermuthung für Beobachtung dieser Form existirt nicht, vielmehr erscheint umgekehrt die Aufstellung der Form als eine besondere Voraussetzung des Anspruchs, dessen Vorliegen nachzuweisen ist. Behauptet bei nach Gesetz formlosen Geschäften der Gegner, daß durch Vertrag eine besondere Form vereinbart ist, so läge ihm der Beweis ob.

Nr. 15. **Die Uebereinstimmung von Wille und Willenserklärung** hat nicht zu erweisen, wer sich auf die Willenserklärung stützt. Das Gesetz geht davon aus, daß eine äußerlich fehlerfreie Willenserklärung normaler Weise auch von dem inneren Willen geleitet war. Vielmehr muß den Mangel der Uebereinstimmung beweisen, wer aus dem Mangel Rechte herleitet (Fitting S. 50, Reinhold S. 41 ff.). Ebenso steht es mit der Verkehrsfähigkeit der Sache (Reinhold S. 41). — Dies gilt nicht bloß von Irrthum, Zwang und Betrug, sondern auch von Scherz, Schein und Simulation. Eine Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit spielt für die Frage der Beweislast keine Rolle (Mot. zum Entwurf I des B.G.B. I S. 192, 194).

Die herkömmliche Bezeichnung aller derartiger regelwidriger Thatsachen als rechtshindernde im Gegensatz zu den rechtserzeugenden ist verwirrend.

Nr. 16. 2. **Leugnet der Beklagte die Klagebehauptungen**, so bestimmt sich die Beweislast je nach der Art des Leugnens verschieden. Besteht das Leugnen in einfacher Negation (es sei nicht gekauft, es sei nicht die gekaufte Sache geliefert), so hat Kläger die Beweislast; ebenso wenn Beklagter einen Thatbestand behauptet, der schlechterdings mit dem Klagefundament nicht verträglich ist (z. B. gegenüber der Kaufklage die Behauptung der Schenkung — Seuffert XL Nr. 13 — oder der datio in solutum — Seuffert XXXVII Nr. 157 — oder gegenüber der Klage aus Kauf der Sache X die Behauptung des Kaufes der Sache Y). — Leugnet der Beklagte nicht die Klagebehauptungen, bringt er dagegen Thatsachen vor, die den Anspruch aufheben (rechtsvernichtende, siehe oben Nr. 10) oder die Wirksamkeit desselben hemmen (rechtshindernde, oben Nr. 13—15), so hat er diese Thatsachen zu beweisen. Zu den rechtsvernichtenden gehört vor allem die Einrede der Zahlung oder sonstigen Erfüllung, des Unterganges des Anspruchs durch Erlaß oder Verzicht des Klägers, durch nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung, durch nachträgliche vertragliche Vereinbarung. Behauptet Beklagter Erfüllung, so hat er nachzuweisen, daß das von ihm Geleistete den Gegenstand des Anspruches bildete. Produzirt er eine Quittung, so hat er — falls deren Echtheit feststeht — den Beweis geliefert. Behauptet der Gläubiger, er habe ihm die Quittung in Erwartung der Erfüllung, bevor erfüllt sei, ausgeliefert und es sei die Erfüllung ausgeblieben, so muß Gläubiger dies beweisen (Planck II S. 151).

Nr. 17. Giebt Beklagter einen Theil der Klagebehauptungen zu, während er einen anderen Theil leugnet, so hat der Kläger hinsichtlich des Zugestandenen keine Beweislast mehr (C.P.O. § 289). Wendet der Beklagte z. B. ein, daß der Preis nicht 100, sondern 90 betrage, so entfällt für den Kläger die Beweislast hinsichtlich der 90.

Nr. 18. Stützt sich der Beklagte gegenüber der auf das dispositive Gesetz zurückgehenden Klagebehauptung auf besondere, vom dispositiven Recht abweichende Nebenberedungen, z. B. hinsichtlich der Zeit (B.G.B. § 271, R.G.E. I S. 383), des Ortes (B.G.B. § 269), der Art der Erfüllung, der Haftung für Mängel, des Ueberganges der Gefahr (R.G.E. VI S. 82, Seuffert XLIII Nr. 185, XXXII Nr. 191), der Verzinsung (R.G.E. II Nr. 55), so hat er die Beweislast (vgl. die ausführliche Erörterung bei Staub S. 13—27).

Dies hat nicht bloß zu gelten, wenn Kläger seinen Anspruch lediglich auf das Gesetz, sondern auch, wenn er denselben auf einen Vertrag stützt und dessen Inhalt in einzelnen Punkten auf das ergänzende Gesetz zurückführt, während Beklagter eine

Digitized by Google

abweichende Beredung behauptet (anders zum Theil Römer im Archiv für civ. Praxis 62 S. 152 ff., anders auch Stölzel Schulung 4. Aufl. S. XIX ff.).

Nr. 19. 3. Stützt Kläger seinen Anspruch auf vom dispositiven Recht abweichende Beredungen, während Beklagter andere Beredungen abweichenden Inhalts behauptet, z. B. behauptet Kläger, er habe den Kaufpreis auf drei Monate kreditirt, während Beklagter sechs Monate als Kreditirungsfrist angiebt, oder es behauptet Kläger, vertragsmäßiger Erfüllungsort sei Berlin, Beklagter, es sei Leipzig — so hat Kläger die Beweislast. Denn weder für das eine noch für das andere spricht eine Vermuthung, jede Abweichung von der Regel des Dispositivsatzes ist eine Besonderheit und es erscheint willkürlich, wenn Staub S. 22 dem die Beweislast auferlegen will, der die „größere Abweichung" von dem Regelsatz des dispositiven Rechts behauptet (vgl. auch R.G.E. VII S. 46, Seuffert XXXII Nr. 191, XLIV Nr. 4, Stölzel Schulung 4. Aufl. S. 177 Anm. 1). Vielfach kann es wahrscheinlicher sein, daß auf sechs Monate statt daß auf drei Monate kreditirt ist, die rein äußerliche Ausdehnung kann unmöglich entscheiden. Auch die Unterscheidung, die Düringer-Hachenburg II S. 183 machen, ob die Behauptung der Fristvereinbarung zur Klagebegründung nothwendig ist oder nicht, will nicht einleuchten. Letztgenannte wollen im obigen Falle, wenn der Verkäufer erst nach Ablauf der drei Monate klage und nun Beklagter Vereinbarung des sechsmonatlichen Zieles einwende, dem Beklagten die Beweislast aufbürden, insofern es für den Kläger gleichgültig sei, ob er die Vereinbarung der drei Monate hervorhebe oder nicht. In der That mag es räthlich für den Kläger sein, solchenfalls von der Hervorhebung der Vereinbarung abzusehen und sich lediglich auf den Standpunkt des dispositiven Rechts zu stellen, um die Beweislast auf den Beklagten zu wälzen, aber stützt er sich auf die Vereinbarung, so muß er auch solchenfalls die Beweislast tragen (R.O.H.G. X S. 234, III S. 176 [bedenklich]). — Ebenso ist es an sich gleichgültig, ob Kläger von Anfang an seinen Anspruch auf die besondere Beredung stützt oder erst nachträglich in Folge des Vorbringens des Beklagten seine thatsächlichen Ausführungen in dem Sinne ergänzt (C.P.O. § 268), daß er eine besondere Beredung zugiebt und auf solche den Anspruch stützt, ja selbst seine Klage ändert, denn für die Vertheilung der Beweislast kann nicht der ursprüngliche, sondern der unmittelbare Inhalt der Klage maßgebend sein. Wenn deshalb Kläger ursprünglich auf den dispositiven Rechtssatz zurückgeht, dann den Einwand des Beklagten, es sei eine besondere Vereinbarung getroffen, einräumt und nun seinerseits den Inhalt der Vereinbarung anders darstellt, als Beklagter, so liegt der Fall ebenso, als ob Kläger von Anfang an sich auf die Vereinbarung mit dem von ihm behaupteten Inhalt gestützt hätte — ihn trifft die Beweislast (anders Düringer-H. II S. 184).

Nr. 20. 4. **Qualifizirtes Geständniß.** Stützt sich Kläger auf einen reinen Vertrag, während Beklagter Abschluß unter noch schwebender Suspensivbedingung behauptet, so lag nach der bisherigen höchstgerichtlichen Praxis dem Kläger die Beweislast ob (Kuhlenbeck, Rechtsprechung I 307 ff.), weil Beklagter damit die Existenz des geltend gemachten Rechtes leugne (vgl. z. B. R.O.H.G. VII S. 40, R.G.E. XVIII Nr. 32). Dasselbe wurde für einen dies a quo angenommen (R.O.H.G. XXIII S. 53). Dagegen galt die umgekehrte Auffassung für die Resolutivbedingung und den dies ad quem (R.O.H.G. VII S. 40), hier wurde dem Beklagten die Beweislast hinsichtlich der Zufügung aufgebürdet (R.G.E. XXVIII S. 145). § 176 des Entw. I behandelte beide Arten von Bedingungen und Fristbestimmungen gleich und zwar im Sinne der Leugnungstheorie. Ihm schließt sich theilweise die neuere Litteratur an (Endemann I 325, Cosack I S. 194). Dagegen vertreten Fitting, Betzinger, Beckh, Staub, Düringer-Hachenburg, Gareis (Komm. zum B.G.B. S. 197 Nr. 14) u. a. den Standpunkt, daß stets dem Beklagten der Beweis der Bedingung bez. der Befristung obliege, und zwar aus verschiedenen Gründen, die Einen, weil die Bedingung und Befristung etwas Singuläres, von der glatten Norm Abweichendes sei, die Anderen, weil in Wahrheit keine einheitliche Willenserklärung vorläge, vielmehr in der Berufung auf die Bedingung enthalten sei einmal ein Zugeben des Vertrages überhaupt, sodann die Behauptung eines neuen juristischen Thatbestandes.

Aus dem B.G.B. läßt sich über die Frage nur soviel entnehmen, daß bezüglich des dies a quo die Beweislast dem Beklagten aufgebürdet wird (B.G.B. § 271 Abs. 1). Eine verschiedene Behandlung von schwebender und auflösender Bedingung, Anfangs- und Endtermin ist kaum zu rechtfertigen. Somit ist anzunehmen, daß Bedingung und Zeitbestimmung vom Standpunkt des Gesetzes aus nicht als Regel, sondern als Aus-

Digitized by Google

nahme zu betrachten sind und demgemäß die Beweislast dem Theil obliegt, der sie behauptet.

Herrscht nicht Streit über die Vereinbarung, wohl aber solcher über den Eintritt oder Ausfall der Bedingung, so hat der Theil, der aus dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung Rechte herleitet, den Eintritt oder Ausfall zu beweisen. Folglich hat beim Kauf auf Probe der sich auf Genehmigung des Käufers berufende Verkäufer die Genehmigung zu beweisen (Seuffert XLIV Nr. 36).

Nr. 21. 5. Nichts mit der Frage der Beweislast hat die andere Frage zu thun, welche Momente genügen, um dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Behauptung zu verschaffen. In dieser Beziehung kann der Richter auf Grund seiner Lebenserfahrungen dazu gelangen, bei gewissen Voraussetzungen den Beweis als erbracht anzusehen, weil eine große Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung spricht; bestreitet die Gegenpartei dies, so hat sie den Gegenbeweis zu führen (vgl. Rosenberg S. 86 ff.). — So ist zu vermuthen, daß, wer einen Schuldschein, der zu seinen Gunsten lautet, besitzt, diesen vom Aussteller zum Zweck der Verpflichtung erhalten und mit der entsprechenden Willensmeinung auch entgegengenommen habe (R.G.E. XV 218). Als entgangener Gewinn wird das berechnet, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge hätte erwartet werden können; wer behauptet, daß ausnahmsweise solch' Gewinn nicht erzielt wäre, hat den Gegenbeweis anzutreten (R.G.E. XXV S. 77). Von Waaren, die Gegenstand des Handelsverkehrs bilden, darf ohne Weiteres angenommen werden, daß sie verkäuflich sind (R.G.E. IV S. 3), den Ausschluß der Verkaufsmöglichkeit im konkreten Fall hat der Gegner darzulegen. Ebenso ist anzunehmen, daß, wer ein Theaterbillet löst, am Büffet ein Glas Bier sich geben läßt, aus dem Automaten einen Gegenstand entnimmt, den Preis bezahlt hat, der Beweis der Nichtzahlung liegt dem Verkäufer ob (Staub S. 25—27). Man braucht nicht zu diesem Behufe einen besonderen Realkauf zu konstruiren, der begrifflich etwas anderes sei, als das obligatorische Kaufgeschäft (Ring im Archiv für b. R. I S. 203, Oertmann, Kommentar S. 153, Staub S. 1250 Anm. 27, anders Dernburg b. R. II § 167 Anm. 5). — Dagegen würde nicht der Nachweis, daß man einen Brief auf die Post gegeben habe, genügen, um die Vermuthung der Ankunft des Briefes zu rechtfertigen.

Nr. 22. 6. Unter den gleichen Gesichtspunkt fällt auch die von der früheren Rechtsprechung konstant festgehaltene Vermuthung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde, wonach der schriftliche Vertrag präsumtiv alles Wesentliche von der Uebereinkunft der Kontrahenten enthält, demnach „Abreden über wesentliche Punkte, welche vor Errichtung der Vertragsurkunde zwar getroffen, aber in dieselbe nicht aufgenommen sind, präsumtiv als abgeändert oder aufgegeben gelten müssen" (R.O.H.G. X S. 103 und die dort citirten, XVI S. 191). Wer sich darauf beruft, daß mündliche Abreden neben der Vertragsurkunde Geltung behalten sollten, hat seinerseits Thatsachen anzuführen und zu beweisen, aus denen solche Absicht der Parteien gefolgert werden kann (R.O.H.G. XI 433, XVII 227). Voraussetzung ist aber dabei, daß die Urkunde eine wirkliche Vertragsurkunde, nicht etwa bloß das schriftliche Accept der auf die mündlichen Vorverhandlungen Bezug nehmenden Offerte ist (R.O.H.G. XXV Nr. 75). Vgl. hierzu Staub § 350 Anm. 50 ff.

Nr. 23. 7. Aehnlich liegt der Fall dann, wenn dem Beweispflichtigen der Gegner arglistiger oder doch schuldhafter Weise die Beweisführung unmöglich macht. Insbesondere gilt dies hinsichtlich des Kaufes nach Probe, aber auch sonst (vgl. R.O.H.G. XIV S. 242, XIX S. 103, XXI S. 261, XX S. 126. In letzterer Entscheidung stellt das R.O.H.G. als Voraussetzungen auf: 1., daß es sich um einen Gegenstand handle, welcher seiner Natur nach als ein künftiges Beweismittel des anderen Theils vom Besitzer erkennbar ist, 2., daß eine Konservirungspflicht desjenigen, in dessen Besitz der Gegenstand gelangt, besteht. — Vgl. auch R.G.E. XX Nr. 2.

Nr. 24. 8. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Nach B.G.B. § 320 gilt: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern." Danach genügt es zur Klagebegründung, daß behauptet wird, daß Beklagter die Leistung schulde, der Kläger braucht die ihm obliegende Leistung nicht zu erwähnen. Beklagter macht excipiendo die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend. Kläger hat dann replicando seinerseits volle und gehörige Erfüllung zu behaupten und ev. nachzuweisen (Planck zu § 322 Nr. 1). Verschiebung der Beweislast im Falle B.G.B. § 363.

Digitized by Google

9. Ueber die Beweislast speziell hinsichtlich der Höhe des Kaufpreises bei § 380.

§ 343.

Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.

Die im § 1 Absatz 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden.

Entw. I § 315, II § 334; Denkschr. I S. 188—191, II S. 3231, 3232; A. D. H.G.B. Art. 271—273, 275.

Litteratur, ältere (mit Vorsicht zu benutzen): Goldschmidt, Hdb. § 57, Behrend § 28.

Abs. 1 entspricht dem Wortlaut nach dem alten Art. 273 Abs. 1 des A. D. H.G.B. Seine Bedeutung ist aber eine weit umfassendere.

I. Während der alte Art. 273 Abs. 1 nur die sogenannten accessorischen Handelsgeschäfte betraf, giebt Abs. 1 des § 343 eine **Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte überhaupt**, umfaßt somit alle Handelsgeschäfte. Grund ist, daß objektive Handelsgeschäfte das neue H.G.B. überhaupt nicht anerkennt und daß es die subjektiven Grundhandelsgeschäfte im § 1 Abs. 2 aufzählt. Der Begriff der Handelsgeschäfte erscheint dem neuen H.G.B. nicht als isolirter, sondern als mit dem Betriebe des Handelsgewerbes verbundener. Gleichmäßig umfaßt § 343 Grundhandelsgeschäfte und accessorische Handelsgeschäfte. Nr. 1.

1. **Grundhandelsgeschäfte** sind dem neuen H.G.B. lediglich die in § 1 Nr. 1—9 aufgeführten Arten von Geschäften. Wer aus dem Betriebe dieser Geschäfte ein Gewerbe macht, ist Kaufmann. Weil diese Geschäfte Gegenstand, ja sogar die rechtliche Grundlage des Handelsgewerbes bilden, gehören sie selbstverständlich zum Betriebe des Handelsgewerbes. Bilden sie nicht den Gegenstand des Handelsgewerbes, so fallen sie unter den Begriff der accessorischen Handelsgeschäfte. Nr. 2.

2. **Accessorische Handelsgeschäfte** sind alle übrigen Handelsgeschäfte. Sie setzen juristisch den Kaufmannsbegriff voraus. Der Kaufmann wird nicht erst und schon Kaufmann durch ihren gewerbsmäßigen Betrieb, wohl aber muß er sie im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließen. Sie lassen sich in zwei Hauptarten theilen: Nr. 3.

a) In Gewerbsgeschäfte, d. h. Geschäfte, die zwar nicht Grundhandelsgeschäfte sind (so irrig Staub § 343 Anm. 3), aber doch den Gegenstand des gewerblichen Unternehmens bilden. Diese Kategorie kommt nur vor bei den künstlichen Handelsgewerben des § 2 und den Gewerben der fiktiven Kaufleute (§ 6 Abs. 2). Sie steht den Grundhandelsgeschäften am nächsten, weil es sich um Grundgeschäfte des betreffenden Gewerbes handelt, aber das Gewerbe wird nicht juristisch durch den Betrieb dieser Geschäfte ohne Weiteres Handelsgewerbe, sondern durch andere Momente (Registrirung, Rechtsgewand des Unternehmens), folglich sind es nicht Grundhandelsgeschäfte. Dahin gehören alle Geschäfte, die den Gegenstand des in § 2 behandelten Unternehmens bilden, soweit sie nicht nach § 1 Grundhandelsgeschäfte sind, z. B. die Veräußerungsgeschäfte der Industriellen, der Urproduzenten, die Grundstücksgeschäfte der Bauunternehmer u. s. w.

b) In die eigentlichen accessorischen Handelsgeschäfte, die nicht Gewerbsgeschäfte sind.

Diese Zweitheilung ist von praktischer Bedeutung für die Beweisfrage. Für alle Grundgeschäfte des Gewerbes ist jeder Beweis der Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe ausgeschlossen. Für die eigentlichen accessorischen Handelsgeschäfte ist der Beweis der Nichtzugehörigkeit zugelassen, er richtet sich darauf, daß sie nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören.

II. **Begriff des „Geschäftes". Einseitige und beiderseitige Handelsgeschäfte.** Das Wort „Geschäfte" im ersten Absatz besitzt eine ganz allgemeine Bedeutung. Es bezieht sich nicht bloß auf Verträge, sondern auf Rechtsgeschäfte überhaupt, dagegen nicht auf bloße Rechtshandlungen und natürlich nicht auf Delikte (Adler-Clemens Nr. 202). Als Handelsgeschäfte können demnach auch einseitige, empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige, Rechtsgeschäfte gelten, z. B. Anträge, Kündigungen, Mahnungen, Vollmachtsertheilungen, Rücktrittserklärungen, Geschäftsführungen ohne Auftrag, Nr. 4.

Digitized by Google

Aktienzeichnungen (R.O.H.G. XX S. 198), Vorbehalte, Verwahrungen u. s. w. Nicht Handelsgeschäfte sind dagegen unentgeldliche Rathsertheilungen, denen nach B.G.B. § 676 überhaupt keine rechtliche Wirkung zukommt (A. A. Staub § 343 Anm. 29, der sich mit Unrecht auf R.G.E. XX S. 194 beruft, vgl. zu § 347 Nr. 12). Von Verträgen kommen nicht bloß verpflichtende, sondern auch liberatorische (Zahlungen u. dgl. R.O.H.G. XXIII S. 144), auch sachenrechtliche (Pfandbestellung R.O.H.G. III S. 434, vgl. §§ 366, 367) in Betracht. Diese allgemeine Bedeutung hat der Ausdruck „Geschäfte" aber nur in diesem §. Welche Bedeutung ihm an anderer Stelle zukommt, ist damit nicht entschieden. So sind z. B. die Grundhandelsgeschäfte des § 1 sämmtlich Verträge. Im § 369 Abs. 1 wird das Wort „Handelsgeschäft" in verschiedenem Sinne gebraucht. — Den praktisch wichtigsten Theil der Handelsgeschäfte bilden jedenfalls die Verträge, und zwar die Schuldverträge. Auf sie bezieht sich der größte Theil der im dritten Buche enthaltenen Satzungen. Auf sie vornehmlich bezieht sich die Unterscheidung von **einseitigen** und **beiderseitigen** Handelsgeschäften. Ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist ein Geschäft zwischen oder unter Kaufleuten, an dem jeder der beiden Theile als Kaufmann betheiligt ist. Es kann sein Vertrag oder vertragsähnliches Verhältniß, z. B. die Verpflichtung des Ausstellers eines Wechsels gegenüber dem Indossatar (R.G.E. IX Nr. 7), die des unbeauftragten Geschäftsführers, z. B. Wechselintervenienten, aber auch eine Offerte eines Kaufmanns an einen anderen Kaufmann und daraufhin erfolgende Abnahme kann beiderseitiges Handelsgeschäft sein (R.O.H.G. X S. 236, Busch IV S. 365). Ein einseitiges Handelsgeschäft ist ein Geschäft zwischen einem Kaufmann und einem Anderen, das nur auf Seite des Ersteren ein Handelsgeschäft ist. Der Andere kann und wird regelmäßig sein ein Nichtkaufmann, es ist aber nicht ausgeschlossen, daß derjenige, für den das Geschäft Nichthandelsgeschäft ist, Kaufmann ist (Kauf eines Pianos für den Haushalt durch einen Kaufmann).

Nr. 5. III. **Bedeutung der Handelsgeschäftsqualität.** Diese ist an sich nicht sehr groß. Keineswegs wird nun jedes Geschäft in allen Einzelheiten von eigenthümlichen Grundsätzen beherrscht. Vielmehr werden vom H.G.B. nur wenige Typen von Handelsgeschäften einem Spezialrecht im Ganzen oder doch in der Hauptsache unterworfen (Kommissions-, Speditions-, Lager-, Frachtgeschäft, die Verträge mit Handlungsgehülfen und Handlungsagenten, der Agenturvertrag, der Vertrag mit Handelsmäklern, gewisse Seehandelsgeschäfte). Bei anderen giebt das Gesetzbuch nur gewisse Besonderheiten an, die dem Geschäft, wenn es Handelsgeschäft ist, sich anheften (Handelskauf, Gesellschaftsverträge bei der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und stillen Gesellschaft, Vollmachten u. a.), während im Uebrigen auf das bürgerliche Recht verwiesen wird. Bei wieder anderen enthält es sich jeder Spezialregelung, so bei den Werkverträgen des § 1 Nr. 2, 9, dem Verlagsvertrag (§ 1 Nr. 8) und den meisten accessorischen Handelsgeschäften. Solchenfalls greift das B.G.B. oder sonstiges maßgebendes Reichs- oder Landesrecht Platz. Die Eigenschaft derartiger Geschäfte als Handelsgeschäfte hat, abgesehen von dem Einfluß auf die Kaufmannsqualität, nur vereinzelte Wirkungen (vgl. die §§ 346—348, 352—354, 358—362, 369—372). Anders im älteren Recht, wo die Handelsgeschäftsqualität eine große Wichtigkeit besaß, weil eine Anzahl von Sonderrechtssätzen Platz griff (Art. 278—336); aber die meisten Folgerungen, die das frühere Recht statuirte, sind durch das B.G.B., das diese Spezialrechtssätze zum bürgerlichen Recht erhoben oder ein Bedürfniß für ihr Weiterbestehen getilgt hat, beseitigt worden (Denkschr. I 191—193).

Nr. 6. IV. **Welche Verträge können Handelsgeschäfte sein?** Alle vermögensrechtlichen Verträge können zu Handelsgeschäften werden, auch die Schenkung. Nur sind nicht alle gleichmäßig für die einzelnen Arten von Handelsgeschäften qualifizirt. Grundhandelsgeschäfte sind nur die in § 1 aufgezählten Klassen von obligatorischen Verträgen. Vergleicht man sie mit den Vertragstypen, die das B.G.B. ordnet, so ergiebt sich, daß Schenkung, Miethe und Pacht, Leihe, Auftrag, Gesellschaft, Spiel, Wette und Bürgschaft bei ihnen ausscheiden. Auch accessorische Gewerbsgeschäfte können nicht alle obligatorischen Verträge sein, so nicht die Schenkung, Spiel und Wette, der Auftrag. Dagegen können eigentliche accessorische Handelsgeschäfte alle obligatorischen und sachenrechtlichen Verträge werden.

Auch Geschäfte über unbewegliche Sachen können Handelsgeschäfte sein, freilich niemals Grundhandelsgeschäfte im Sinne des § 1, wohl aber Gewerbsgeschäfte für ein Unternehmen nach § 2 und rein accessorische Handelsgeschäfte.

Digitized by Google

Die Geschäfte müssen Geschäfte eines „**Kaufmanns**" sein, gleichgültig welcher Art der Kaufmann ist, auch die Geschäfte eines Minderkaufmanns gehören hierher, auch dessen Realisationsveräußerungen. Das Geschäft muß der Kaufmann als solcher geschlossen haben, es muß zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, also nicht zum Betriebe irgend eines Handelsgewerbes gehören können, sondern zum Betriebe dieses Handelsgewerbes gehören, d. h. es ist nicht nothwendig, daß die Geschäfte Grundgeschäfte des konkreten Gewerbes noch daß sie unentbehrliche Hülfsgeschäfte sind oder gewöhnlich (durchschnittlich) bei derartigen Betrieben vorkommen (vgl. § 54 Abs. 1). Es genügt schon, wenn sie nach der individuellen Betriebsweise dieses Gewerbes zu ihm gehören, auch wenn sie sonst derartigen Gewerben fremd sind (Goldschmidt, Hdb. S. 463, 652, R.O.H.G. IV S. 53, XIV S. 50, R.G.E. XIX S. 123, XXVIII S. 315, Bolze XIII Nr. 259, XV Nr. 215, 216). Da aber die individuelle Betriebsweise der Kaufmann selbst bestimmt, so läßt sich mit Staub der Satz dahin formuliren, daß sie im Betriebe des Handelsgewerbes abgeschlossen werden müssen; denn nur Geschäfte, die zum Betriebe gehören, werden im Betriebe abgeschlossen. Nr. 7.

Der obige Satz gilt gleichmäßig, ob es sich um eines der in § 1 aufgezählten Geschäfte oder um ein anderes Geschäft handelt. Freilich scheint Abs. 2 des § 343 die ersteren zu privilegiren, allein, was Abs. 2 besagt, ist in Wahrheit nichts Besonderes. Auch bei anderen Geschäften ist ja nicht nothwendig, daß auf sie gewöhnlich der Handelsbetrieb gerichtet ist. Etwas Besonderes hätte für die Geschäfte des § 1 das Gesetz nur dann bestimmt, wenn es gesagt hätte, daß sie stets Handelsgeschäfte seien, sofern sie ein Kaufmann abschließe. Aber dies hat das Gesetzbuch nicht gesagt. Durch den Zusatz, daß der Kaufmann sie „im Betriebe seines Handelsgewerbes" abschließen müsse, drückt es nur den Grundgedanken des Abs. 1 in spezieller Anwendung aus. § 343 Abs. 2 ist also ganz überflüssig (vgl. auch Behrend § 28 Anm. 5, anders v. Hahn § 22 zu Art. 272).

V. Ein praktisches Bedürfniß für eine Aufzählung der oder exemplifikative Hervorhebung einzelner Handelsgeschäfte könnte nur für die rein accessorischen Handelsgeschäfte in Frage kommen. Das Gesetz hat aber mit Recht davon Abstand genommen. Das alte H.G.B. hob zwei Fälle hervor: die Realisationsveräußerung von Waaren und Werthpapieren und die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen zu unmittelbarer Benutzung oder zum unmittelbaren Verbrauch bei dem Betriebe des Gewerbes, den ersteren Fall aber nur, um eine Einschränkung für die Realisationsveräußerungen der Handwerker hinzuzufügen. Im neueren Recht fällt die letztere Einschränkung fort, die Realisationsveräußerung ist überhaupt in Zukunft Gewerbsgeschäft. Den zweiten Fall besonders hervorzuheben, liegt kein Bedürfniß mehr vor, seitdem einerseits selbst Geschäfte über unbewegliche Sachen, wie Miethen des Geschäftslokales, Erwerb eines Waarenhauses, Bestellung einer Hypothek, Verkauf eines Terrains, Pachtung eines Steinbruchs accessorische Handelsgeschäfte sein können, ebenso Anschaffungen von Gegenständen behufs inaedificatio (vgl. den Fall in R.O.H.G. X S. 243, 244) — andererseits die Erweiterung des Kaufmannsbegriffes durch § 2 das Gebiet der Möglichkeiten unendlich vergrößert hat. So kann denn darauf verzichtet werden, in eine Kasuistik einzutreten, wie sie bei Goldschmidt, Hdb. S. 654—668, Behrend § 28 Zusatz, Gareis-Fuchsberger Art. 273, Staub § 343 Anm. 22 ff. sich findet. Nr. 8.

Wichtiger ist darauf hinzuweisen, daß der Begriff der eigentlichen accessorischen Handelsgeschäfte sich bei den Kaufleuten nach § 2 stärker als bei denen nach § 1 geltend machen wird. Denn da schon die Gewerbsgeschäfte der „Soll"-Kaufleute vielfach aus dem Kreise der in § 1 behandelten Geschäfte heraustreten, ist es klar, daß die Hülfsgeschäfte derselben den Geschäften des § 1 noch ferner stehen werden. So gehören dahin, falls die Voraussetzungen des § 2 gegeben sind, die Verträge des Fabrikanten mit den Arbeitern (vgl. schon R.O.H.G. XI Nr. 119, R.G.E. XXXVIII S. 117), des Bergwerksbesitzers mit den Bergleuten, des Theaterunternehmers mit dem Theaterpersonal (vgl. für das ältere Recht Busch XXI S. 361), des Bauunternehmers mit den Handwerkern. Ihre Regelung wird freilich nach wie vor besonderen Gesetzen, z. B. der Gewerbeordnung, verbleiben; aber es würden z. B. die §§ 347, 348 des H.G.B. auf den Arbeitgeber Anwendung finden. Die für den Bau und Betrieb einer Fabrik seitens des Industriellen, die Gewinnung von Rüben aus dem Boden seitens des Rübenzuckerfabrikanten, den Fang von Fischen seitens des Hochseefischereiunternehmers erforderlichen Hülfsgeschäfte werden unter § 343 fallen. — Nr. 9.

Digitized by Google

Bei den landwirthschaftlichen Nebengewerben des § 3 wird, wenn der Unternehmer sich eintragen läßt, die Grenze zwischen Handelsgeschäften und Nichthandelsgeschäften besonders schwierig sein. Diejenigen (auch landwirthschaftlichen) Geschäfte, die den Betrieb des Nebengewerbes unterstützen und fördern sollen, werden als Handelsgeschäfte anzusehen sein.[1])

Nr. 10. Von prinzipiellen Gesichtspunkten sind folgende hervorzuheben: Zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören bei den Handelsgewerben des § 1 auch Geschäfte, die den Betrieb einleiten, z. B. Miethen des Geschäftslokales, Anschaffen der Komtoirutensilien, Anschaffen der Arbeitswerkzeuge (Busch XVIII S. 443), Uebernahme eines ganzen Geschäfts mit Aktivis und Passivis (R.O.H.G. XV Nr. 36, XI S. 149), Abschluß eines Gesellschaftsvertrages behufs Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft (Bolze V Nr. 424), Engagiren von Kräften (Z. XX S. 562, Bolze XIX Nr. 317), die den Bau der Fabrik betreffenden Geschäfte (Busch XIII S. 182), — andererseits bei allen Handelsgewerben Geschäfte, die den Betrieb abschließen, insbesondere Veräußerung des ganzen Handelsgeschäfts, Auseinandersetzung mit den Theilhabern (R.O.H.G. XII S. 368, 369), Dissociation (Bolze IV Nr. 468). Dagegen gehören nicht hierhin Geschäfte, die den zukünftigen Betrieb nur vorbereiten, z. B. die Flüssigmachung von Vermögen, um sich ein Betriebskapital zu verschaffen, Kündigungen, um die völlige Aktionsfreiheit zu erlangen u. s. w.

Nr. 11. Daß die einzelnen Geschäfte **entgeltlich** sind, ist **nicht nothwendig.** Auch Schenkungen, sei es remuneratorische (Pensionszusagen, Bolze XIV Nr. 256, Weihnachtsgeschenke, Trinkgelder), sei es gewöhnliche, können Handelsgeschäfte sein für den Schenker wie für den Beschenkten (Bolze XXIII Nr. 306, XIX Nr. 320, XII Nr. 270, X Nr. 314, VII Nr. 311, Busch XV S. 161, R.G.E. XXVI Nr. 5, R.G. bei Holdheim VI S. 29, VII S. 224), desgleichen Uebernahme von Diensten ohne Entgelt, sei es einmaligen, sei es dauernden für den Uebernehmenden (R.G.E. XIX S. 123, O.L.G. Köln in Z. XXXVIII S. 175), Leiheverträge (R.O.H.G. XIX S. 353, 354, XVI S. 185), Bürgschaften (R.O.H.G. II S. 45, IX S. 173), Verzichte (R.G.E. XXIX Nr. 4); nur wird man die Präsumtion des § 344 hier vorsichtiger anwenden. — Auch Spiel- und Differenzgeschäfte können Handelsgeschäfte sein (R.G.E. XXX S. 191, XXXVIII S. 240, Bolze XIII Nr. 262). Accessorische Hülfsgeschäfte sind auch die wiederum zur Ausführung von Hülfsgeschäften dienenden Geschäfte, z. B. Vollmacht zur Eingehung eines Darlehns (Goldschmidt S. 654).

Nr. 12. VI. Den Gegensatz zu den Handelsgeschäften bilden die **Nichthandelsgeschäfte** eines Kaufmanns, d. h. diejenigen Rechtsgeschäfte, die nicht ein Kaufmann als solcher, sondern die ein Rechtssubjekt, das zugleich Kaufmann ist, eingeht. Hierüber bei § 344. Sie sind da unmöglich, wo das Rechtssubjekt stets als Kaufmann handelt, z. B. bei Aktiengesellschaften. Hier sind die Geschäfte stets Handelsgeschäfte. — Wird ein Geschäft von einem Kaufmann in beiderlei Absicht abgeschlossen, so entscheidet das Ueberwiegende. X. schafft Wagen und Pferde in erster Linie für den Hausbedarf, in zweiter Linie für das Geschäft an (Puchelt-Förtsch Art. 273 Nr. 5, 14; a. A. Staub, der solche Geschäfte stets als Handelsgeschäfte ansieht, § 343 Anm. 16).

Nr. 13. VII. Ob ein Geschäft Handelsgeschäft ist, richtet sich nach dem Recht zur Zeit seines Abschlusses. Das gilt auch für bedingte und befristete Geschäfte. Vgl. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 42, 43.

Nr. 14. VIII. Das ältere Recht wich in drei Beziehungen ab:
1. Es kannte objektive Handelsgeschäfte (Art. 271).
2. Es schloß Geschäfte über Grundstücke von den Handelsgeschäften aus (Art. 275).
3. Es versagte den Realisationsveräußerungen der Handwerker die Handelsgeschäftsqualität (Art. 273).

§ 344.

Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

---

[1]) Anders, wo Landwirthschaft und Handelsgewerbe nur äußerlich in derselben Person vereinigt sind, hier ist Beides auseinanderzuhalten (vgl. R.O.H.G. XI S. 342, 343).

Digitized by Google

Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegentheil ergiebt.

Entw. I § 316, II § 335; Denkschr. I S. 190, II S. 3232; A. D. H.G.B. Art. 274.

Litteratur: Goldschmidt Hdb. § 58, Behrend § 29, M. Wolff in Z. XLVII S. 247 ff.

§ 344 stellt zwei **Rechtsvermuthungen** für die Eigenschaft von Geschäften als accessorischen Handelsgeschäften auf: eine schwächere und eine stärkere. Die schwächere Rechtsvermuthung gilt für alle von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte, die stärkere nur für von einem Kaufmann gezeichnete Schuldscheine. Die schwächere Rechtsvermuthung ist eine durch jeden Gegenbeweis widerlegbare (R.C.P.O. § 292), die stärkere eine nur durch bestimmte Gegenbeweise widerlegbare Rechtsvermuthung. Beide Rechtsvermuthungen gelten für und gegen den Kaufmann; für beide ist, im Streitfall zu beweisende, Voraussetzung, daß das Rechtsgeschäft von einem Kaufmann vorgenommen ist, gleichgültig ob dies ein Voll- oder Minderkaufmann ist. Die Rechtsvermuthung erstreckt sich somit nicht auf die Kaufmannsqualität selbst, demnach im Falle des § 1 nicht auf die Eigenschaft von Geschäften als Grundhandelsgeschäften (vgl. R.O.H.G. XVIII S. 227, XV Nr. 11). Wird diese bestritten, so finden auf den Nachweis die allgemeinen Grundsätze Anwendung. Unterstützend greift hier § 5 ein. Folgerecht läßt sich aus § 344 auch nicht entnehmen, daß, wenn ein Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft kontrahirt, er im Zweifel Namens der Gesellschaft kontrahire (R.O.H.G. XIII S. 288, XIV S. 282 ff., XVIII S. 226 ff., O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 52, Busch XV S. 433). Vgl. bei § 126 Nr. 4. — Auch muß der Kaufmann schon Kaufmann zur Zeit der Vornahme gewesen sein, im Falle des § 2 also bereits eingetragen sein, im Falle des § 1 bereits ein natürliches Handelsgewerbe betreiben (R.O.H.G. XV S. 28). Die der Eintragung der Firma im Falle des § 2 vorausgehenden Geschäfte sind überhaupt nicht Handelsgeschäfte, ebensowenig die dem Beginn des Gewerbes im Falle des § 1 vorausgehenden; die den Gewerbebetrieb beginnenden Geschäfte fallen wenigstens nicht unter die Präsumtion des § 344, ihre Funktion als den Gewerbebetrieb beginnender Geschäfte muß nachgewiesen werden. Nr. 1.

Für beide Rechtsvermuthungen ist andererseits nur da Raum, wo das Subjekt zugleich Kaufmann und Nichtkaufmann sein kann. Bei den fiktiven Kaufleuten tritt an Stelle der Rechtsvermuthung Rechtsgewißheit.

Beide Vermuthungen haben auch für das B.G.B. Bedeutung (vgl. dessen § 196 Nr. 1). Im Einzelnen gilt:

Absatz I. Auf **sämmtliche Rechtsgeschäfte** eines Kaufmanns bezieht sich die schwächere Rechtsvermuthung, gleichgültig ob sie Verträge oder einseitige Rechtsgeschäfte sind, ob sie auf Leistung von Sachen, Leistung von Diensten oder ein Unterlassen gehen. Nr. 2.

„Im Zweifel" gehören sämmtliche Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns zum Betriebe seines Handelsgewerbes, d. h. sofern sich nicht aus den offensichtlichen Zwecken ergiebt, daß sie der Kaufmann nicht als solcher abschloß, hat derjenige, der ihre Zugehörigkeit leugnet, Thatsachen darzulegen, welche dem Richter den Schluß, daß das Rechtsgeschäft außerhalb des Handelsbetriebes steht, aufzwingen, ihm jeden Zweifel in dieser Hinsicht nehmen (R.O.H.G. IV Nr. 11, XI S. 343, XIV S. 50, R.G.E. XXVIII S. 315). Ergiebt sich somit aus dem offensichtlichen Zweck die Nichtkommerzialität des Rechtsgeschäftes, so greift die Rechtsvermuthung nicht Platz. Dies ist jedenfalls der Fall bei allen (auch zugleich vermögensrechtlichen) Rechtsgeschäften des Familien- und Erbrechts, d. h. bei denjenigen Rechtsgeschäften, deren Gegenstand unmittelbar oder mittelbar die Erzeugung eines familien- oder erbrechtlichen Rechtsverhältnisses ist, weil hier der Kaufmann unter allen Umständen aufhört. Dahin gehören eheliche Güterverträge, Erbverträge, Erbverzichte, Vermächtnißverträge, Schenkungen von Todeswegen (R.G.E. XVIII S. 49), Versprechen einer Provision für Heirathsvermittelung (Bolze XVIII Nr. 251, vgl. Z. XL S. 482), nicht aber Erbschaftskauf für den Erbschaftskäufer. Aber auch sonstigen Rechtsgeschäften, die dem Recht der Schuldverhältnisse oder dem Sachenrecht angehören, kann der Stempel der Nichtkommerzialität aufgedrückt sein, so den Rechtsgeschäften, die der Kaufmann, zumal der verheirathete Kaufmann klar erkennbar für seinen Haushalt abschließt, die er also

Digitized by Google

als Ehemann, Hausvater, Hausvorstand eingeht (z. B. Engagiren eines Musiklehrers für die Kinder, Miethen des Gesindes, aber auch Versicherungen des Lebens zu Gunsten der Ehefrau oder des Lebens der Ehefrau (Bolze II Nr. 710), Einkauf von Kindern in eine Renten-Militärversicherungsanstalt, Mitgiftversicherung, — den Rechtsgeschäften, die lediglich die Hebung des körperlichen oder geistigen Wohlbefindes des Kaufmanns selbst bezwecken (der Kaufmann nimmt einen Hausarzt für sich, begiebt sich auf eine Badereise, abonnirt auf Theatervorstellungen) — den Rechtsgeschäften, die der Kaufmann vornimmt, um ihm als Staatsbürger, Mitglied einer Gemeinde oder Kirche obliegende Verpflichtungen zu erfüllen.

Nr. 3. Im Uebrigen ist jeder Fall besonders zu betrachten, es läßt sich bei dem weiten Rahmen, den das Gesetz für den Kaufmannsbegriff aufgestellt hat, eine allgemeine Formulirung nicht geben. So würden Geschäfte, die an sich in den Betrieb der Landwirthschaft fallen, freilich dann offensichtlich außerhalb des Handelsgewerbebetriebes stehen, wenn zwischen Handelsgewerbe und Landwirthschaft keine Verbindung besteht. Besteht dagegen eine solche (Fall des § 3), so kann ein Zweifel wohl entstehen (ältere Entscheidungen, z. B. R.O.H.G. X Nr. 52, treffen für das neue Recht nicht zu). Aerzte und Lehrer kann der Kaufmann auch als solcher engagiren, z. B. die Versicherungsgesellschaft für die Untersuchung der Versicherten, Abonnements zu Vorträgen kann er auch für sein Personal nehmen. Auch verwandtschaftliche Motive oder freundschaftliche Rücksichten nehmen dem Geschäft nicht unter allen Umständen den Charakter eines Handelsgeschäfts, z. B. die Ausstellung eines Gefälligkeitsacceptes, die Bürgschaft, die Verwaltung eines Vermögens für einen nahen Verwandten (R.O.H.G. XV S. 389, XX S. 400ff., Bolze XIII Nr. 259, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 86), sondern nur dann, wenn sie die entscheidenden sind (R.O.H.G. XV Nr. 107, Busch XIX S. 83, Bolze XIV Nr. 258). Auch Wohlthätigkeitsakte kann der Kaufmann als solcher vornehmen. Bei Anerkennungsverträgen würde die Präsumtion auch dann Platz greifen, wenn die zu sichernde Forderung nicht aus einem Handelsgeschäfte herstammt (R.O.H.G. XVII Nr. 38).

Nr. 4. Soweit nun Zweifel bestehen können, sind diese durch den Nachweis von Momenten zu heben, welche die Annahme der Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe ausschließen. Als solche können nicht gelten, daß das Geschäft ein für dieses Handelsgewerbe außergewöhnliches war. War vielmehr nach dem Aussehen des Geschäfts die Möglichkeit der Annahme vorhanden, daß es zum Betriebe gehörte, so ist die Präsumtion begründet. Es steht auch nicht im Wege, daß einer von beiden Kontrahenten dachte, das Geschäft sei nicht zum Betriebe gehörig. Denn solche bloß interne Meinung geht den anderen Kontrahenten nichts an. Unterließ z. B. der Kaufmann, der ein Haus kaufte, der Mobiliar versichern ließ, ein Eisenbahnbillet nahm, bei einem nicht offenbar inkommerziellen Geschäft zum erkennbaren Ausdruck zu bringen, daß er es als Nichtkaufmann abschließen wollte, so durfte der Gegner es als Handelsgeschäft ansehen, eine Erkundigungspflicht hat er nicht (Goldschmidt S. 671 Anm. 9). Und umgekehrt geht den Kaufmann es nichts an, wenn der Gegner, ohne äußeren Anhalt dazu zu haben, das Geschäft als inkommerzielles ansehen zu sollen glaubte. Hatte der Kaufmann die Inkommerzialität ausdrücklich erklärt oder war durch das Verhalten des Kaufmanns oder sonstige äußere Umstände für den Gegner die Auffassung gegeben, daß das Geschäft ein inkommerzielles sein sollte, so ist die Präsumtion beseitigt. —

Nr. 5. Daß der Kaufmann das Geschäft nicht unter seiner Firma, sondern unter seinem bürgerlichen Namen einging, ist, wenigstens beim Einzelkaufmann, kein entscheidendes Moment der Inkommerzialität, sondern ein nur wichtiges Indiz (R.O.H.G. XIV S. 12). Umgekehrt schließt das Handeln unter der Firma nicht den Beweis der Inkommerzialität aus.

Nr. 6. Die Vermuthung äußert, wie bemerkt, ihre Wirksamkeit auch in das Gebiet des B.G.B. hinein, so mit Bezug auf B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 1 („es sei denn, daß die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt", vgl. R.O.H.G. XII S. 233, XV S. 38), ferner B.G.B. § 269 Abs. 2: „ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden". Vgl. G.V.G. § 101 Nr. 1.

Nr. 7. **Absatz II.** Das Wort **„Schuldschein"** ist auf alle Urkunden zu beziehen, welche über eine Schuldverpflichtung lauten, gleichgültig ob sie dispositive oder bloße Beweisurkunden sind (a. A. v. Hahn § 5 zu Art. 274), ob sie den Verpflichtungsgrund angeben oder ein von dem Verpflichtungsgrund losgelöstes Schuldversprechen (B.G.B. § 780) oder ein abstraktes Schuldanerkenntniß (B.G.B. § 781) enthalten, ob sie Namens-, Order- oder Inhaberpapiere sind, ob ihr Gegenstand Leistung von Mobilien

Digitized by Google

oder Immobilien ist, ob sie einen einseitig oder gegenseitig verpflichtenden Vertrag betreffen (a. A. Cosack S. 40). Den Hauptfall werden die Erklärungen auf einem Wechsel (Ausstellung, Accept, Indossament, Aval) bilden, in zweiter Linie kommen die vom H.G.B. behandelten kaufmännischen Verpflichtungsscheine (R.O.H.G. VII S. 209, VIII S. 431), die Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine, Transportversicherungspolicen (§ 363) in Frage, dann Frachtbriefe (§ 426), Bürgschaftsscheine, aber auch einfache Schuldscheine über Darlehen, Kaufverträge u. s. w. Die Urkunde kann öffentlich, öffentlich beglaubigt oder privat sein — auch ein bloßer Brief genügt (Goldschmidt S. 675). Nicht unter „Schuldschein" fallen echte Quittungen, die das B.G.B. §§ 368—370 den Schuldscheinen (B.G.B. § 371) gegenüberstellt, ebensowenig private Notizen in den eigenen Büchern, wohl aber Urkunden, die zugleich Quittungen und Verpflichtungen sind (Konnossemente u. dgl.).

Der Schuldschein muß von einem Kaufmann **gezeichnet** sein, sei es von ihm in Person, sei es von seinem Bevollmächtigten, d. h. der Zeichnende muß im Moment der Zeichnung (beziehungsweise, soweit es der Begebung bedarf, der Begebung) Kaufmann sein, daß er es auch im Moment der Schuldentstehung ist, ist nicht nothwendig (z. B. Fall des Blancoaccepts). Wie die Zeichnung im einzelnen Fall zu erfolgen hat, bestimmt das maßgebende Recht der betreffenden Urkunde. Nr. 8.

Es darf sich **nicht** aus der **Urkunde** das **Gegentheil** ergeben. Hier kann somit nur der Inhalt der Urkunde die Vermuthung der Zugehörigkeit zum Betriebe des Handelsgewerbes widerlegen. Es genügt also nicht etwa das eigene Zugeständniß des Ausstellers (Busch XXXIV S. 314). In der Urkunde braucht freilich nicht ausdrücklich die Nichtkommerzialität hervorgehoben zu werden, es genügt, wenn nach dem Inhalt der Urkunde die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe als ausgeschlossen erscheint (R.O.H.G. II S. 429), sei es weil entweder das verbriefte Geschäft überhaupt nichtkommerziell ist oder weil im vorliegenden Fall ein nichtkommerzieller Zweck desselben ersichtlich ist, z. B. die Schuld ersichtlich den landwirthschaftlichen Betrieb betrifft. In dieser Beziehung muß dem richterlichen Ermessen eine gewisse Freiheit verbleiben. Auf den Fall, daß ein Gesellschafter für die Handelsgesellschaft auftritt, bezieht sich Abs. 2 nicht. Vgl. Behrend § 29 Anm. 14 und oben § 126 Nr. 4. Nr. 9.

Führt ein Kaufmann mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen und zeichnet er einen Schuldschein unter der einen Firma, so gilt der Schuldschein jedenfalls als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet; er gilt aber darum noch nicht als im Betriebe der einzelnen Handelsniederlassungen gezeichnet. Dies ist von Wichtigkeit für den Fall der Veräußerung eines der mehreren Geschäfte nach § 25. Der Erwerber derjenigen Firma, unter der der Schuldschein gezeichnet ist, würde danach zwar für die Schuld haften, da sie als im Betriebe dieses Geschäfts entstanden anzusehen ist, nicht aber der Erwerber eines anderen Geschäfts mit einer anderen Firma. Dieser würde den Gegenbeweis führen können, daß die Schuld nicht zum Betriebe dieses Geschäftes gehörte. Noch weiter gehend Wolff in Z. XLVII S. 251 Anm. 13, S. 260 Anm. 36, der dem Gegner sogar den Beweis auferlegen will, daß die Schuld im Betriebe eines der mehreren Geschäfte entstanden ist (!). Nr. 10.

Die Zeichnung der Firma wird, falls der Inhalt der Urkunde Zweifel erweckt, für die Kommerzialität entscheiden, die des abweichenden bürgerlichen Namens wird ein unterstützendes Indiz gegen die Kommerzialität liefern (R.O.H.G. II Nr. 96, S. 429, III Nr. 75 S. 367, IX S. 174, XIV S. 12, Bolze XXI Nr. 295). Allein kann letztere nicht entscheiden,[1]) nicht einmal bei Wechseln, (R.O.H.G. VIII S. 42, IX S. 174, XIV S. 286, Bolze IV Nr. 466, XIV Nr. 492a, O.L.G. Köln bei Holdheim VI 349; a. A. Cosack 40 und Wolff S. 250). Gleichgültig ist, ob der Inhalt der Urkunde in Widerstreit mit den thatsächlichen Verhältnissen oder ungenau ist (R.O.H.G. XII S. 111) oder ob bei abstrakten Versprechen die causa debendi eine offenbar nichtkommerzielle ist. Demnach fällt unter § 344 z. B. der Wechsel eines Kaufmanns, der ein Mitgiftversprechen realisiren soll (vgl. Busch XI S. 388). Nr. 11.

Nicht gilt die Präsumtion zu Gunsten dessen, der beim Erwerb des Rechtes wußte, daß es sich in Wahrheit um ein Nichthandelsgeschäft handelt. Diesen gegenüber würde die Berufung auf B.G.B. § 242 (exceptio doli) möglich sein (Goldschmidt S. 676, Wolff S. 251, O.L.G. Hamb. in H. G.Z. IX S. 48). Nr. 12.

[1]) So wird, wenn die sämmtlichen Theilhaber der offenen H.G. gemeinschaftlich einen Schuldschein zeichnen, anzunehmen sein, daß er im Betriebe des Handelsgewerbes der Gesellschaft gezeichnet ist, Bolze XIV Nr. 492a.

Digitized by Google

Nr. 13. Der Schuldschein gilt als **im Betriebe des Handelsgewerbes** gezeichnet. Ist er dispositive Urkunde, so liegt darin, daß der Kaufmann als solcher die Verpflichtung eingegangen ist, ist er nur Beweisurkunde, so beweist er, daß das verpflichtende Geschäft vom Kaufmann als solchem abgeschlossen ist. Gegenbeweis ist unzulässig (anders v. Hahn zu Art. 274, § 5). In beiden Fällen bezieht sich die Präsumtion nur auf die Verpflichtung, die etwa gegenüberstehende Forderung (bei gegenseitigen Verträgen) wird durch § 344 Abs. 2 nicht getroffen (Wolff S. 259 Anm. 34).

Ob der Schein noch zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches existiren muß, entscheidet sich nach dem maßgebenden Recht (Wolff S. 249). Wäre er verloren gegangen, so müßte der sich auf § 344 Abs. 2 Berufende bei Bestreiten des Inhaltes den Inhalt nachweisen (Wolff S. 253 Anm. 16).

Nr. 14. Das ältere Recht (Art. 274) stimmte überein.

§ 345.

Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Theile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Theile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergiebt.

Entw. I § 317, II § 336; Denkschr. I S. 190, 191, II S. 3232; Komm.Ber. S. 3918, 3919; A. D. H.G.B. Art. 277.

Nr. 1. Vorbemerkung. Der § 345 weicht von dem grundsätzlichen Standpunkt des neuen H.G.B. ab. Da dieses Kaufmannsrecht sein will, würden folgerichtig seine Normen nur auf Geschäfte von Kaufleuten Anwendung zu finden haben. Schließt ein Kaufmann mit einem Nichtkaufmann einen Vertrag, so müßte danach nur der kaufmännische Theil dem Handelsrecht unterstehen oder müßte, genauer ausgedrückt, allein die Verpflichtung des kaufmännischen Theiles nach Handelsrecht, die des nichtkaufmännischen Theiles nach bürgerlichem Rechte beurtheilt werden. Dies würde aber zu praktisch mißlichen Folgen führen. Demnach ist aus dem alten H.G.B. der Satz des § 345 übernommen, aber freilich in der Durchführung erheblich abgeschwächt worden.

Nr. 2. 1. Die Vorschrift bezieht sich auf die **einseitigen** Handelsgeschäfte, d. h. auf diejenigen Geschäfte, welche nur auf der einen Seite, also bei obligatorischen Verträgen nur auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners Handelsgeschäfte sind. Ist das Geschäft auf beiden Seiten Handelsgeschäft, so finden selbstverständlich die Bestimmungen über Handelsgeschäfte darauf Anwendung, ist es auf keiner Seite Handelsgeschäft, so steht es außerhalb des Handelsgesetzbuches.

Nr. 3. 2. Auf solche sollen die Vorschriften **„über Handelsgeschäfte"** für beide Theile gleichmäßig zur Anwendung kommen, d. h. die Vorschriften des dritten „Handelsgeschäfte" überschriebenen Buches, sowohl die allgemeinen (erster Abschnitt) wie die speziellen (zweiter bis siebenter Abschnitt), gleichgültig, ob sie von „Handelsgeschäften" ausdrücklich sprechen (z. B. § 358) oder nicht. Die alte Fassung, wonach „die Bestimmungen dieses vierten Buches" Anwendung finden sollten, drückte dies klarer aus, doch ist eine materielle Aenderung augenscheinlich nicht beabsichtigt. Wieweit die Vorschriften der übrigen Bücher und des E.H.G.B. für beide Theile zur Anwendung zu kommen haben, ist nur aus dem Inhalt der betreffenden Normen zu entnehmen, ebenso bei sonstigen Reichsgesetzen (vgl. G.V.G. § 101 Nr. 1). So sind als Handelssachen im Sinne des Art. 2 der E.H.G.B. auch einseitige Handelsgeschäfte anzusehen, auf die §§ 50 ff. kann sich auch der nichtkaufmännische Gegner berufen, der Abschnitt über die Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge betrifft in erster Linie einseitige Handelsgeschäfte u. s. w.

Nr. 4. 3. Sie sollen **nur insoweit** zur Anwendung kommen, **als sich aus ihnen nicht ein Anderes ergiebt.** Das neue H.G.B. schränkt die Tragweite des § 345 erheblich ein. Aus den allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnittes lassen sich im Grunde nur hierher ziehen die §§ 354 357, 358—361, nur mit einer gewissen Berechtigung auch die sachenrechtlichen Vorschriften der §§ 363 ff. und die Vorschrift des § 369. Von den besonderen Vorschriften des Abschnittes über den Handelskauf scheiden die §§ 377—379 aus. Der dritte bis sechste Abschnitt handelt zwar auch von einseitigen Handelsgeschäften (vgl. aber § 391), doch läßt sich von einer gleichmäßigen Anwendung für beide Theile hier nicht reden. — Die zahlreichen Entscheidungen, die zum Art. 277

Digitized by Google

des alten H.G.B. ergingen (vgl. Behrend § 30 Anm. 6, 9, Staub[5] § 3 ff. zu Art. 277) haben für das neue Recht kaum Bedeutung.

4. Das alte Recht (Art. 277) stimmte überein. Doch war die Tragweite des Satzes, wie bemerkt, im alten Recht eine weit größere. Nr. 5.

§ 346.

Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Entw. I § 318, II § 337; Denkschr. I S. 193, II S. 3233; Komm.Ber. S. 3919; A. D. H.G.B. Art. 279.

Litteratur: Keyßner in Gruchot XII S. 579 ff., Laband in Z. XVII S. 337, 466 ff.; Goldschmidt, Hdb. §§ 35, 36; Behrend § 18, Regelsberger in Endemanns Hdb. II S. 392; Cosack § 23, Danz in Iherings Jahrb. XXXVIII 373 ff., Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr 1894; Staub S. 7 ff. und zu § 346; Düringer-H. zu § 346; Material in Dove-Apt, Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft in Berlin über Gebräuche des Handelsverkehrs I 1897, II 1900; Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche 1900 (vgl. auch die Einleitung dieses Werkes).

Der § 346 enthält eine wesentliche Abweichung gegenüber dem alten Recht. Nr. 1.
Art. 279 des A. D. H.G.B. bestimmte allgemein: „In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen", Entwurf I und II stimmten hiermit sachlich überein. Erst in der Reichstagskommission ist die Aenderung vorgenommen. Während also nach altem Recht die Berücksichtigung der Handelsgebräuche auch bei einseitigen Handelsgeschäften vorgeschrieben war, ist sie in Zukunft nur „unter Kaufleuten" gefordert.

1. **„Unter Kaufleuten"**, d. h. bei beiderseitigen Handelsgeschäften. An Nr. 2.
sich sind auch die Handelsgeschäfte von Minderkaufleuten mit einbegriffen, doch werden die meisten Usancen unter Vollkaufleuten vorkommen (vgl. z. B. R.O.H.G. XIII S. 440). Welcher Art die Handelsgeschäfte sind, ist gleichgültig, auch die Offerte eines Kaufmanns an einen anderen Kaufmann kann hierunter fallen. Bei bloß einseitigen Handelsgeschäften greifen, soweit nicht das H.G.B. eine Ausnahme macht (vgl. z. B. § 359), die Grundsätze des bürgerlichen Rechts Platz. Hiernach können bei solchen Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs nur als Bestandtheil der „Verkehrssitte" oder des „Ortsgebrauchs" in Frage kommen (vgl. z. B. oben bei § 59 Nr. 8). Nach B.G.B. § 157 sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern und nach B.G.B. § 242 ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Wenn also die Verkehrssitte das ihr entsprechende Verhalten gegenüber Kaufleuten dieser Art auch für Nichtkaufleute mit sich bringt, was sehr wohl der Fall sein kann, so hat der Richter die Verkehrssitte bei Auslegung des Vertrages zu berücksichtigen. So läßt B.G.B. § 151 den Vertrag durch die Annahme des Antrags zu Stande kommen, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. So wird man es als Verkehrssitte ansehen dürfen, daß bei Kontrahiren mit Transportanstalten, die Prospekte veröffentlichen, der Inhalt des veröffentlichten Prospektes lex contractus sein solle (siehe den verwandten Fall in R.G.E. XIII S. 77). Wo überhaupt an das große Publikum durch Inserate, Kataloge u. s. w. Einladungen zu Offerten ergehen, wird für die Auslegung des nachher geschlossenen Vertrages die Einladung meist maßgebend sein. Dies gilt nicht bloß für gewöhnliche Konditionen, wie Preis, Frankatur, sondern auch für den Erfüllungsort, vorausgesetzt, daß in deutlich erkennbarer und sinnfälliger Weise darauf hingewiesen wird (in letzterer Beziehung a. A. Staub S. 1236, Anm. 28, 1137 Anm. 1). „Wer öffentlich bekannt macht, daß er eine Waare gewisser Art, und zu gewissen Zwecken brauchbar, zu verkaufen bereit sei, der muß, wenn mit ihm, als Verkäufer, über die Lieferung solcher Waare kontrahirt wird, die angekündigte Art und Brauchbarkeit der Waare, als von ihm zugesagt, dann gelten lassen, wenn er nicht seinen Kontrahenten gegenüber das Gegentheil erklärt hat (R.O.H.G. XXI

Digitized by Google

S. 197). — Auch das Fortsetzen des Kontokurrentverhältnisses ohne Beanstandung des Saldo wird nach der Verkehrssitte als Anerkenntniß des letzteren anzusehen sein, sowohl auf Seiten des Kaufmanns, wie des Nichtkaufmanns, denn in diesem Falle bedarf das Anerkenntniß nach B.G.B. § 782 keiner besonderen Form.

Nr. 3. 2. Der Richter soll in Ansehung der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen **Rücksicht nehmen.** Entscheidend sind die Gewohnheiten und Gebräuche nicht schlechthin. Der Satz des B.G.B. § 133, daß bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften sei, gilt auch für beiderseitige Handelsgeschäfte. Ergiebt sich hinsichtlich des Willens beider Theile völlige Klarheit oder ist der Wille der Handelnden, beziehungsweise Unterlassenden so deutlich ausgeprägt, daß der andere Theil darüber nicht im Zweifel sein durfte, so können Handelsgewohnheiten dagegen nicht aufkommen (O.L.G. Hamburg in Z. XXXV S. 256). Nur da, wo über die Bedeutung und Wirkung einer Handlung oder Unterlassung, als welche auch eine Willenserklärung zu gelten haben wird, Zweifel übrig bleiben, sind die Gewohnheiten und Gebräuche als Interpretationsmittel zu verwenden, es sei denn, daß das Gesetz selbst eine Auslegung giebt. Dabei kommt es nicht darauf an, was innerlich der Handelnde oder Unterlassende eigentlich gewollt, sondern, was er als seinen Willen zur Aeußerung gebracht hat. Die Gewohnheiten und Gebräuche sind also möglicherweise zu berücksichtigen, trotzdem feststeht, daß der Erklärende im konkreten Falle innerlich eines bestimmten Willens war, sofern nur seine Handlungsweise nach objektiver Anschauung von jenem inneren Willen nichts erkennen ließ, sofern er sich sagen mußte, daß seinem Auftreten von der anderen Seite eine andere Bedeutung beigemessen werden konnte.

Nr. 4. 3. Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche sind nicht Handelsgewohnheitsrecht, sondern **Uebungen (Usancen) faktischer Art** ohne opinio necessitatis (vgl. dazu Laband a. a. O. S. 466 ff., Goldschmidt I S. 330 ff., Behrend § 18), folglich nicht objektives Recht.[1]) Ihre Funktion ist eine zweifache. Sie dienen in erster Linie als Interpretationsmittel der Willenserklärung, sind also Bestandtheil der Rechtsgeschäfte, Vertragsbedingungen. In dieser Hinsicht gelten sie kraft Acceptation der Parteien (vgl. bereits Busch XII S. 346, XIV S. 426, XX S. 236, R.O.H.G. III S. 2, 3, V S. 34, 185, VII S. 8, 11, VIII S. 256, XI S. 243, Bolze XX Nr. 424), die ausdrücklich und stillschweigend, speziell und generell, erfolgen kann. Nicht einmal Kenntniß der Parteien vom Inhalt der Usance ist nothwendig, die Partei kann sich auch der ihr unbekannten Usance (in blanco) unterwerfen (R.O.H.G. I S. 92, IV S. 140, V S. 187, VI S. 78, XII S. 339, XIII S. 370, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 1, 2, Bolze II Nr. 716). Natürlich darf die Usance nicht wider zwingendes Recht verstoßen.

Nr. 5. Aber die Usance gilt nicht bloß als Interpretationsmittel der Willenserklärung, sie vermag auch den unvollständigen Willen zu ergänzen. Es würde vielfach auf eine reine Fiktion hinauslaufen, wenn man annähme, daß der Wille der Partei auf den Inhalt der Usance gerichtet war. Die Usance ist nach § 346 „unter Kaufleuten" auch dann zu berücksichtigen, wenn nachweislich der innere Wille des einen Kontrahenten oder gar beider ein anderer war (vgl. R.G.E. XLII S. 147). Gehörten beide Theile demselben Interessenkreise an, dessen Usance in Frage steht, so müssen sie sich gefallen lassen, daß ihre Erklärungen so ausgelegt werden, wie es in solchem Interessenkreise üblich und hergebracht ist; das entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben. Wollten sie ein Anderes, so mußten sie es zum Ausdruck bringen; der Gegner hat ein Recht darauf, daß der Erklärende, Handelnde, Unterlassende für Erklärungen, Handlungen, Unterlassungen nach Maßgabe der Usance beurtheilt wird.

---

[1]) Gegen diese herrschende Meinung hat in neuester Zeit Danz in Iherings Jahrb. Bd. XXXVIII („Laienverstand und Rechtsprechung") Einspruch erhoben. Nach ihm sind die Usancen, wie überhaupt die Verkehrssitte, Gewohnheitsrecht. Aber der Begriff des Gewohnheitsrechts wird damit ein schwankender, ja geradezu uferloser. Der Haupteinwand, den Danz gegen die obige Auffassung vorbringt, daß die Idee der freiwilligen Unterwerfung unter die Usance häufig auf einer Fiktion beruhe, wird sich gegen die Erklärungstheorie bei Rechtsgeschäften in gleicher Weise richten. Gegen Danz auch Staub S. 10 Anm. 27, Oertmann im Archiv f. b. R. XV S. 449, Düringer-Hachenburg II S. 206, die mit Recht betonen, daß die Usance kraft Anordnung des Gesetzes wirke.

Digitized by Google

Die Usance (Verkehrssitte) steht hier auf einer Stufe mit Wort und Zeichen. Das Gesetz stattet die Usance mit dieser weitgehenden Kraft aus. Sie umgiebt die Parteien wie die Luft, in der sie leben. Sonst wäre § 346 überflüssig, denn daß die Usance, der sich die Parteien unterwerfen, gilt, brauchte nicht gesagt zu werden.

Diese ergänzende Kraft der Usance hört deshalb da auf, wo eine Partei oder beide Parteien außerhalb des Interessenkreises stehen, der die Usance erzeugt hat, z. B. der Eine Ausländer ist, oder wo das Geschäft nicht zu denjenigen zählt, für die die Usance berechnet ist. Diesenfalls bedarf es einer ausdrücklichen Unterwerfung unter die Usance (vgl. R.O.H.G. VI S. 78, XII S. 287, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 178, R.G.E. XXI S. 89). Dagegen ist es unzutreffend, wenn Düringer-Hachenburg S. 208 sie auch da aufhören lassen, wo ein ergänzender Rechtssatz besteht und nicht im Gesetz ein besonderer Vorbehalt gemacht ist. Damit würde die Bedeutung der Usance auf ein zu enges Maß eingeschränkt werden.

4. In eine Einzelkasuistik einzutreten, erübrigt sich. Von den Entscheidungen der Gerichtshöfe, zumal des R.O.H.G., die mit dem Art. 279 operiren, beschäftigt sich in Wahrheit ein großer Theil gar nicht mit besonderen „Gewohnheiten und Gebräuchen des Handelsverkehrs", sondern mit dem allgemeinen Grundsatz der bona fides des Verkehrs (Nicht-„Verletzung der im Handelsverkehr zumal nothwendigen Beobachtung von Treu und Glauben"), der auch vom B.G.B. anerkannt ist und dessen Anpassung auf die einzelnen Fälle naturgemäß mit den besonderen Verhältnissen jedes Falles zu rechnen hat. So insbesondere bei der von den höchsten Gerichtshöfen erörterten Frage, inwieweit im Schweigen Annahme, beziehungsweise Genehmigung liege. Daß z. B. der Kaufmann, der eine Faktura vorbehaltlos annimmt über eine bestellte Waare, deren Preis vorher nicht fest verabredet war, als genehmigend gilt, während, wenn die Faktura den festgestellten Preis einseitig ändert, sein Schweigen nicht ohne Weiteres Genehmigung ist (vgl. R.O.H.G. I S. 82, IV S. 203, XIII S. 342, XV S. 96, XVI S. 41, Bolze XII Nr. 272, 242, 642, XVIII Nr. 447, V Nr. 650, III Nr. 699, R.G.E. V S. 394), ergiebt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen. Vielmehr bedürfte es zur Annahme, daß auch im letzteren Fall sein Schweigen als Genehmigung anzusehen ist, des Nachweises eines besonderen Handelsgebrauches.[1]) Nr. 6.

Hierhin gehört auch die Frage, ob im Schweigen auf die Zusendung unbestellter Waaren eine Genehmigung liegt. Im Allgemeinen ist dies zu verneinen (Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 220, 221 und die dort citirten, insbesondere Seuffert XXIV Nr. 60, R.O.H.G. III S. 47, 48, XVI S. 40, 132 ff.). Die Bestimmung des § 362 läßt sich jedenfalls nicht verallgemeinern (vgl. zu § 362 Nr. 1) R.O.H.G. I Nr. 22 S. 80, V S. 35, XII S. 5. Die Hinstellung einer Reklamationsfrist in der Offerten-Faktura seitens des Absenders kann natürlich hieran nichts ändern, ebensowenig liegt im bloßen Behalten der Waare eine Genehmigung des Faktureninhalts (Hanausek, Haftung I S. 221 Anm. 9, Faktura und Fakturaklauseln S. 31). Auch wenn der Empfänger ersah, daß der Absender durch Irrthum zur Absendung an ihn veranlaßt war, oder daß durch das Verhalten des Spediteurs die Waare an ihn gelangte, ist aus seinem Schweigen noch nicht nothwendig Genehmigung zu entnehmen (Hanausek, Haftung I S. 223, 226, Faktura S. 42 ff.).[2]) Wohl aber würde, wenn er bestellte und unbestellte Waaren anderer Art (über den Fall der Sendung einer größeren Quantität derselben Art § 378) zusammen erhält und er sich über den Empfang äußert, ohne einen Vorbehalt zu machen, darin eine Annahme auch der Kaufofferte liegen (R.O.H.G. XVI S. 40 ff.). — Ueber Handlungen, die auf eine Genehmigung schließen lassen Hanausek Haftung I S. 219 Anm. 7, Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 171 ff. Vor Allem gehört dahin thatsächliche oder juristische Nr. 7.

[1]) Das Gleiche gilt, wenn in der Faktura nachträglich vom Verkäufer ein anderer Erfüllungsort, als der gesetzliche hingestellt wird. Auch hier liegt im Schweigen des Käufers noch nicht Genehmigung R.O.H.G. V Nr. 7, XXII Nr. 32, Hanausek, Faktura S. 86 ff., nach dem Reichsgericht (Holdheim VII S. 276) sogar dann nicht, wenn Käufer in Geschäftsverbindung mit dem Verkäufer steht und solche Fakturen früher vorbehaltlos entgegengenommen hatte.

[2]) Stand der Empfänger freilich in Geschäftsverbindung mit dem Absender, so wird man es diesenfalls als ein Gebot der Redlichkeit erachten müssen, daß er seine Ablehnung erklärt. Zu weit gehend Gareis, Stellen zur Disposition S. 177, Gareis-Fuchsberger S. 730, Schlotter, Die unbestellte Waare 1899 S. 28, 29.

Digitized by Google

Verfügung über die Waare, sei es im Ganzen, sei es zu einem Theile, dagegen nicht Entnahme einzelner Stücke zur bloßen Prüfung. Ueber den Fall, daß an Stelle der bestellten Waare eine andere Waare geliefert wird, bei § 378.

Nr. 8. 5. **Anwendungsfälle.** Von Wichtigkeit sind die Gewohnheiten und Gebräuche zumal in folgenden Fällen:

a) Bei Auslegung von Ausdrücken, die im kaufmännischen Verkehr vorkommen, z. B. „sofort" (Königsberger Handelsgebrauch 24—36 stündige Frist R.O.H.G. IV S. 354), Beförderung „per Eilgut" (nicht schlechthin Beförderung mit Eilzug R.O.H.G. VII S. 305), der Ausdruck „Ziel drei Monat" (R.O.H.G. II Nr. 84, VI Nr. 34), die Ausdrücke „nach Belieben", „nach Bequemlichkeit" bei der Zahlungszeit (R.O.H.G. II Nr. 44, XIV Nr. 50 u. a. vgl. bei § 350), „Rembours", „Remboursement" beim Wechsel (nicht Uebertragung der Schuldverbindlichkeit an einen Dritten und Uebernahme dieser durch den Dritten mit Exnexuirung des bisherigen Schuldners, sondern bloße „Deckung" R.G.E. XXXI S. 117, 119), die Auslegung einer Seeversicherungspolice, ob offene oder taxirte (R.G.E. XIX S. 209, vgl. auch R.G.E. XXI S. 89), der Ausdruck „Provision" beim Bankkredit (O.L.G. Köln in Z. XLIII S. 344), der Ausdruck cif (cost, insurance, freight): daß Verkäufer die Kosten, die Versicherung und die Fracht selbst zahlen will (R.O.H.G. XIII S. 438), Ausdrücke, die sich auf das Skonto beziehen u. s. w. Das Gesetz verweist selbst bezüglich der Ausdrücke „Frühjahr", „Herbst" auf den Handelsgebrauch § 359. Einzelnes in den citirten Sammlungen von Dove-Apt und Riesenfeld.

Nr. 9. b) Bei Auslegung des Umfanges von Vollmachten, insbesondere bei der Handlungsvollmacht von Handlungsreisenden und Handlungsagenten (R.O.H.G. VI S. 400—403, R.G.E. X Nr. 24).

Nr. 10. c) Bei näherer Präzision von zu leistenden Diensten nach Art und Umfang wie umgekehrt des zu zahlenden Aequivalents, wo es sich um Dienst- oder Werkverträge kaufmännischer Art handelt. Das Gesetz verweist an den bezüglichen Stellen selbst theils auf den Handels-, theils auf den Ortsgebrauch, worunter es hin und wieder aber Gewohnheitsrecht versteht (vgl. z. B. § 599 und R.G.E. III S. 150).

Nr. 11. d) Bei Feststellung von Vertragsmodalitäten, zumal beim Kaufvertrag hinsichtlich Art der Verpackung, hinsichtlich Versendung (vgl. bei § 376), Versicherung, Einkassirung, Tragung gewisser Kosten (Dove-Apt I S. 108, 109), Uebergang der Gefahr (R.O.H.G. XIII S. 369), Tragung von Mindestgewicht oder Refaktie (vgl. § 380 R.O.H.G. XII S. 59), Bedeutung der Fakturen (R.O.H.G. V S. 33), Anzeigefristen (Hanausek, Haftung II S. 64), Lieferungsfristen (R.O.H.G. XVII S. 335), Zahlungsfristen (Dove-Apt I S. 91 ff., 105 ff; Riesenfeld Nr. 284 ff.); beim Frachtvertrag hinsichtlich der Antretungsfrist der Reise (§ 428), der Lade-Löschzeit, des Liegegeldes (R.O.H.G. XV S. 221); beim Kontokurrentvertrag hinsichtlich des Rechnungsabschlusses; beim Versicherungsvertrag hinsichtlich der Prämienzahlung (R.O.H.G. IX S. 375).

Nr. 12. e) Bei der Feststellung der Form gewisser Willenserklärungen, ob diese in „handelsüblicher Weise" ergangen sind (vgl. §§ 25, 172).

Nr. 13. f) Vor Allem bei Börsengeschäften, wo die Usancen die größte Rolle spielen und sich namentlich in Formularen („Bedingungen") für Börsengeschäfte manifestiren, die aber nicht wörtlich, sondern nach dem Sinn, der ihnen im Kreise der Börse beigelegt wird, auszulegen sind. Hier wird der Unterwerfungswille auch bei Nichtbekanntschaft mit ihrem Inhalt gewöhnlich anzunehmen sein, sofern dem an dem Börsengeschäft Betheiligten die Thatsache, daß überhaupt Usancen für derartige Geschäfte bestehen, bekannt ist oder bekannt sein mußte und er sich nicht ausdrücklich die Freiheit von den Usancen vorbehielt.[1])

Nr. 14. 6. **Geltungsbereich.** Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten können sich auf den Handelsverkehr unter Kaufleuten schlechthin oder nur auf den Handelsverkehr

---

[1]) Daraus folgt aber nicht, wie Cosack S. 364 will, daß die Börsenusancen objektives Recht (autonomes gesetzliches Recht) sind. Mit dem gleichen Recht könnte man dies von Statuten einer Aktiengesellschaft sagen (vgl. R.O.H.G. XVII S. 370). Auch Staub S. 10, 11 geht zu weit, wenn er den Börsenusancen überwiegend den Charakter des Gewohnheitsrechts zuspricht. Vor Allem fehlt es an der opinio necessitatis. Düringer-Hachenburg S. 213 wollen die „Bedingungen" überhaupt nicht für Usancen ansehen, sondern nur als Vorschläge für den Normalinhalt eines Vertrages. Das Letztere schließt aber das Erstere nicht aus.

Digitized by Google

unter Vollkaufleuten beziehen, letzteres z. B. wenn es sich um Rechtsinstitute handelt, die bei Minderkaufleuten nicht oder nicht gewöhnlich vorkommen, die z. B. mit der kaufmännischen Buchführung zusammenhängen (vgl. z. B. R.O.H.G. II S. 443, 444).

7. Eine schwierige Frage ist die **Behandlung der Usance im Prozeß.** Der Nr. 15.
einen extremen Ansicht, nach der die Verkehrssitte prozessualisch bloß als Thatsache zu behandeln ist, demgemäß den Grundsätzen über den Beweis von Thatsachen, insbesondere C.P.O. §§ 286, 291, untersteht und, falls festgestellt, nicht der Nachprüfung in der Revision unterliegt (Goldschmidt Hdb. § 35 Anm. 38, Keyßner in Z. XXV S. 503, Puchelt-Förtsch Art. 279 Nr. 1a, vgl. auch R.G.E. II S. 384), steht die andere extreme Ansicht gegenüber, die in der Usance ein Handelsgewohnheitsrecht erblickt, darum dem Richter Recht und Pflicht, sie von Amtswegen zu berücksichtigen, auferlegt, die Grundsätze über den Thatsachenbeweis für unanwendbar erklärt und die Revision auf falsche Anwendung oder Nichtberücksichtigung stützt (Danz).

In scharfsinniger Weise hat Stein in der Schrift über das private Wissen des Richters 1893 entwickelt, daß die Feststellung des Handelsgebrauches im Prozesse nicht bloß die Feststellung einer einzelnen Thatsache sei, sondern der Ausspruch eines Erfahrungssatzes über das Uebliche, der auf einem Induktionsschluß aus Thatsachen, den Uebungsfällen, beruhe (S. 23). Der Richter könne sich aus ihm vorgeführten Beobachtungsfällen durch Vernehmung von Zeugen über einzelne Uebungsfälle ein Urtheil bilden oder er könne Sachverständige vernehmen, die ihm gleich den Erfahrungssatz in abstrakter Form liefern, endlich könne er seine privaten Kenntnisse selbst verwerthen. Das Letztere ist für Handelsgebräuche durch das G.V.G. § 118 ausdrücklich freigegeben.

Weil es sich um einen Erfahrungssatz handelt, nicht um eine Thatsache, ist die Parteiinitiative nicht nöthig, um den Richter zur Feststellung desselben zu veranlassen (Stein S. 95). Der Richter hat Recht und Pflicht der Erforschung und Verwerthung der Erfahrungssätze auch ohne Antrag der Partei. Dies folgt schon aus der Anweisung, die § 346 dem Richter ertheilt; es „ist . . . Rücksicht zu nehmen". Wie dies ferner G.V.G. § 118 direkt bezeugt, so sind auch in der Praxis Handelsgebräuche vom Richter ex officio verwerthet und herangezogen worden, soweit der Fall Veranlassung gab. Freilich kann der Richter von der Partei, die sich auf eigenthümliche, dem Richter unbekannte Handelsgebräuche beruft, verlangen, daß diese solche thatsächlich substanzirt, sie bestimmt behauptet und erweist, so daß der Richter erkennen kann, daß die Usance auf den Streitfall Anwendung findet (R.O.H.S. III S. 264, VI S. 345, XI S. 262, XII S. 61; XIII S. 294, XVI S. 216, XVII S. 125). Aber er darf nicht wider besseres Wissen, bloß, weil die beweispflichtige Partei den Beweis nicht erbracht hat, von der Berücksichtigung des Handelsgebrauches absehen (Stein S. 96, 97).

Auch in der Revisionsinstanz sind sie insoweit zu berücksichtigen, als es sich um die Nachprüfung handelt, ob der Niederrichter seiner ihm durch § 346 auferlegten Pflicht, Handelsgebräuche zu berücksichtigen, Genüge gethan hat (Fall der C.P.O. § 554 Abs. 2 Nr. 3, Stein S. 120). Die Praxis des R.O.H.G. und R.G. zeigt, daß das Revisionsgericht Handelsgebräuche selbst vielfach feststellte. Vgl. z. B. R.G.E. XIX S. 31 und dagegen Schlodtmann in Z. XXXVIII S. 360.

8. Ueber die Anwendbarkeit des § 346 auf vor dem 1. Jan. 1900 geschlossene Nr. 16.
Geschäfte K. Lehmann in Z. XLVIII S. 26 Anm. 64.

§ 347.

Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.

Unberührt bleiben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach welchen der Schuldner in bestimmten Fällen nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Entw. I § 319, II § 338; Denkschr. I S. 194, II S. 3233; A.D.H.G.B. Art. 282.

1. **Verpflichtung zur Sorgfalt.** § 347 handelt nur von den Fällen, in denen Nr. 1.
Jemand aus einem Geschäft einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist. Er

Digitized by Google

betrifft daher einerseits nicht die Fälle der gesetzlichen Haftung für Schadenszufügungen, andererseits nicht die Regelung der Gefahrstragung bei Verträgen. Unberührt von ihm bleiben demnach die Bestimmungen des B.G.B., wonach beim Werkvertrag der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes trägt (B.G.B. § 644), der Gastwirth dem Gast für Verlust oder Beschädigung eingebrachter Sachen aufzukommen hat (B.G.B. §§ 701, 702), der Schuldner Geld im Zweifel auf seine Gefahr dem Gläubiger zu übermitteln (B.G.B. § 270), der Gläubiger die Gefahr für die hinterlegte Sache (B.G.B. § 379) oder bei Annahmeverzug für die Gattungssache zu tragen hat (B.G.B. § 300 Abs. 2), beim Distanzkauf auf den Käufer mit der Uebergabe der Sache an den Spediteur oder Frachtführer die Gefahr übergeht (B.G.B. § 447) u. s. w. Das Gleiche gilt von den entsprechenden Vorschriften des H.G.B., z. B. bezüglich der Delkrederehaftung des Kommissionärs (§ 394), der Haftung der Eisenbahn aus dem receptum (§ 456 ff.). Ebenso bleiben unberührt die Bestimmungen über die Vertretung des Verschuldens eines Vertreters (B.G.B. §§ 31, 278[1]), H.G.B. §§ 431, 432, 458), für Haftung aus nichtigen Verträgen (B.G.B. § 122) u. s. w.

Nr. 2. 2. **Handelsgeschäft.** § 347 regelt nur den Grad der Sorgfalt, wenn die Verpflichtung zur Sorgfalt aus einem Handelsgeschäft des Verpflichteten herrührt. Ist das Geschäft nicht ein Handelsgeschäft oder liegt gar kein Rechtsgeschäft vor, so greifen die allgemeinen Grundsätze Platz,[2]) es sei denn, daß spezielle Bestimmungen für Einzelfälle getroffen sind, so die §§ 202—204 über die Verantwortlichkeit der Gründer, Emissionshäuser und Organe der Aktiengesellschaft für Gründungshergänge, die §§ 241, 249 über die Diligenzpflicht des Vorstandes und Aufsichtsrathes einer Aktiengesellschaft u. s. w.

Nr. 3. 3. **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.** Der Grad soll die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns sein, d. h. nicht die Sorgfalt eines Kaufmanns in abstracto, sondern die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns dieser Art (Prot. S. 1309), hier aber ohne Rücksicht auf individuelle Eigenthümlichkeiten (Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 136, Planck I S. 36, 37, Wendt im Archiv für civ. Praxis Bd. 87 S. 422 ff.). Da der Verpflichtete Kaufmann ist, so präzisirt der Satz nur die Vorschrift des B.G.B. § 276, daß der Verpflichtete die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden habe. Ordentlicher Kaufmann ist nur der, der die im Verkehr unter den vorliegenden Umständen an die Sorgfalt eines derartigen Kaufmanns gestellten Anforderungen erfüllt. Wo das H.G.B. von Verschulden eines Kaufmanns spricht, ist die Außerachtlassung dieser Sorgfalt darunter zu verstehen (z. B. §§ 98, 459 letzter Absatz).

Nr. 4. 4. **Ausnahmen.** Nur grundsätzlich, nicht ausnahmslos soll der Verpflichtete für culpa levis haften. Soweit ein Gesetz in bestimmten Fällen dem Schuldner leichtere Haftung auferlegt, soll es dabei sein Bewenden haben. Aus dem B.G.B. gehören hierher die Bestimmungen, welche den Schenker, Verleiher, Geschäftsführer ohne Auftrag nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vertreten (B.G.B. §§ 521, 523, 524, 599, 680), den Verwahrer bei unentgeltlicher Uebernahme der Aufbewahrung, sowie den Gesellschafter nur für culpa in concreto (B.G.B. §§ 690, 708) haften lassen, den Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers auf die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken (B.G.B. § 300).

Nr. 5. 5. **Vereinbarungen.** Die Bestimmung greift ferner nur Platz, soweit die Parteien nicht ein Anderes vereinbaren, sei es, daß sie den Grad der Sorgfalt einengen oder die Haftung auf Zufall ausdehnen. Nur darf die Vereinbarung nicht wider zwingendes

---

[1]) Nur mittelbar kommt für § 347 der § 278 B.G.B. in Betracht, insofern der Schuldner das Verschulden des Vertreters in gleichem Umfange, wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, das „eigene Verschulden" aber von § 347 beherrscht sein kann. Vgl. Staub § 347 Anm. 4.

[2]) Von Interesse ist in dieser Hinsicht die Entscheidung des R.G. Bd. XXXV S. 326, wo aus der bona fides und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein gefolgert wird, daß ein Kaufmann ganz allgemein auch außerkontraktlich jedem Dritten dafür hafte, daß die berechtigte Erwartung Dritter, eine mittelst der Post ordnungsgemäß an ihn gemachte Werthsendung werde entweder in seine Hände gelangen oder es werde dem Absender ein Ersatzanspruch gegen die Postverwaltung zustehen, nicht getäuscht werde, er übernehme dem Publikum gegenüber stillschweigend die Garantie, trage insofern die Gefahr der Sendung — ein Satz, der weittragende Konsequenzen in sich birgt.

Digitized by Google

Recht verstoßen, insbesondere nicht die Haftung wegen eigenen Vorsatzes ausschließen (B.G.B. § 276 Abs. 2). Vgl. auch H.G.B. § 471.

6. Nicht von § 347 berührt werden die sachenrechtlichen Bestimmungen, welche das Eigenthum oder Pfandrecht an Waaren oder Werthpapieren auf den gutgläubigen Erwerber übergehen lassen. Das B.G.B. und ebenso das H.G.B. verlangt für den guten Glauben nur Abwesenheit von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit (B.G.B. § 932 Abs. 2, W.O. Art. 74, H.H.B. §§ 366, 365, 696, 725). Vgl. aber auch H.G.B. § 367. Nr. 6.

7. Nur Anwendungen des im § 347 enthaltenen Grundsatzes bringen die §§ 384 Abs. 1, 390 Abs. 1, 401, 408 Abs. 1, 429 Abs. 1 („Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers"), 497 („Sorgfalt eines ordentlichen Rheders") 511, 653 („Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers"), 606 („Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters"). Nr. 7.

8. Die Folgen der Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns regeln sich nach dem einzelnen Fall und sind möglicherweise verschieden nach dem Grade der Verschuldung. Vgl. z. B. H.G.B. §§ 414, 430, 438 letzter Absatz, 457, 461, 464 ff. Die diesbezüglichen Sätze gehören, soweit sie nicht dem bürgerlichen Recht zuzuweisen sind, an die betreffenden Einzelstellen. Nr. 8.

9. **Beweislast.** Hinsichtlich der Beweislast ist B.G.B. § 282 grundlegend. Nach dieser wohl zu generalisirenden Vorschrift trifft in Uebereinstimmung mit dem älteren Recht (vgl. Windscheid § 265 Nr. 6, R.G.E. XXII S. 172), falls der Schuldner seine Verschuldung bestreitet, der Exkulpationsbeweis ihn. Doch bezieht sich dies wohl nicht auf Vorsatz, den Mangel des Vorsatzes braucht Schuldner wohl nicht nachzuweisen (R.O.H.G. IV S. 49, VIII S. 430; Dernburg B.R. II § 70, Endemann, Einführung I S. 484; a. A. Oertmann und Schollmeyer zu B.G.B. § 282). Nr. 9.

10. Für vor dem Inkrafttreten des B.G.B. geschlossene Handelsgeschäfte ist das ältere Recht maßgebend (E.B.G.B. Art. 170). Nr. 10.

Anhang.

Rath und Empfehlung.

Litteratur: H. Jacoby, Die Crediterkundigung nach ihrer wirthschaftlichen und ihrer rechtlichen Seite 1891, insbesondere S. 48 ff., Staub, Excurs zu § 349, Pollitzer, Lehrb. § 116, E. Wolff, Die Haftung des Rathgebers, Diss. 1899.

Rath und Empfehlung werden nicht vom H.G.B., sondern vom B.G.B. (§ 676) geordnet. Da indessen gerade für den Handelsverkehr (den kaufmännischen Rath und die kaufmännische Empfehlung) insbesondere für den Fall der Kreditempfehlung und der Empfehlung durch einen Bankier die Anwendung des § 676 B.G.B. von Bedeutung ist, erscheint es geboten, auf sie hier einzugehen. Nr. 11.

B.G.B. § 676.

Wer einem Anderen einen Rath oder eine Empfehlung ertheilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältniß oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rathes oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.

Das B.G.B. stellt danach zwei Sätze auf:

1. Aus Rath oder Empfehlung an sich haftet der Rathgeber oder Empfehlende für den aus Befolgung des Raths oder der Empfehlung entstehenden Schaden grundsätzlich nicht.

2. Er haftet jedoch dann und insoweit, als entweder die Voraussetzungen für eine Deliktshaftung vorliegen oder als ein die Haftung begründendes Vertragsverhältniß gegeben ist.

Demnach ist Rath oder Empfehlung an sich überhaupt kein Rechtsgeschäft, folglich auch kein Handelsgeschäft (a. A. Staub, Exkurs zu § 349 Anm. 5). Die Rechtsvermuthung des § 344 ist hier nicht anwendbar (vgl. auch R.O.H.G. IX Nr. 45). Möglich ist natürlich, daß ein Kaufmann als solcher einen Rath ertheilt (eine „geschäftsfreundliche" Auskunft gewährt) und daß die Deliktshaftung eine Geschäftsschuld Nr. 12.

Digitized by Google

darstellt, aber damit wird der Rath nicht zu einem Handelsgeschäft (vgl. auch Bolze XXII Nr. 376, Busch XXII S. 167). Weil der Rath kein Rechtsgeschäft ist, ist die Bestimmung des B.G.B. § 676 nicht eine Ausnahme von § 347.

Nr. 13. A. **Deliktshaftung.** Der Rathgebende haftet aus dem Rath oder der Empfehlung als solcher nicht, er haftet nur, falls er sich dabei einer unerlaubten Handlung schuldig macht, d. h. falls er vorsätzlich durch seinen Rath oder seine Empfehlung dem anderen Theile Schaden zufügt, denn hierin liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten, B.G.B. § 826 würde zur Anwendung gelangen (ausnahmsweise kann auch Betrug im Sinne des Strafrechts vorliegen und dann würde B.G.B. § 823 anwendbar sein. Vgl. Planck zu § 676 Nr. 2. Eine besondere strafrechtliche Bestimmung betr. der Kommissionäre im Reichsbörsengesetz § 79). Vorsätzlich fügt er den Schaden dann zu, wenn er den Rath oder die Empfehlung ertheilt, ohne die Meinung von deren Angemessenheit zu haben und in dem Bewußtsein, daß ein Schade entstehen kann. Daß er den Rath geradezu für den verkehrtesten unter den gegebenen Umständen hielt, ist nicht nothwendig — wie andererseits ein bloßer innerer Zweifel über dessen Richtigkeit noch nicht haftbar macht. Nothwendig ist nur, daß ihm die Ueberzeugung fehlte, dem Anderen damit unter den obwaltenden Umständen einen Dienst zu leisten und daß er sich bewußt ist, daß ein Schade dem Anderen damit entstehen kann (dolus eventualis). Denn solchenfalls hätte er keinen solchen Rath ertheilen dürfen, er verstößt durch die Rathsertheilung gegen die guten Sitten (O.L.G. Hamb. bei Abraham S. 95, Bolze VI Nr. 254, Seuffert XLIV Nr. 84). Besitzt er dagegen, wenngleich ohne jede Berechtigung dazu, die Ueberzeugung der Angemessenheit seines Rathes, so haftet er nicht, ebensowenig, wenn er den Rath für einen vermögensrechtlich ganz gleichgültigen hielt. Grobe Fahrlässigkeit verpflichtet nicht zum Schadensersatz (R.G.E. XXIII S. 131, Bolze XII Nr. 384, XX Nr. 402, XVII Nr. 374, 375, R.G. in H. G.Z. XII S. 112). Das Gesagte gilt gleichmäßig für den Nichtsachverständigen wie für den Sachverständigen (anders im früheren preußischen Recht). Nur wird Vorsatz bei Letzterem eher als bei Ersterem anzunehmen sein.

Nr. 14. Dem Anderen muß ein **Schade** erwachsen sein und der Schade muß dem Anderen durch den Rath oder die Empfehlung erwachsen sein, es muß somit ein Kausalnexus zwischen Schadensentstehung und Rathsertheilung liegen. Hatte somit der andere Theil sich auch bei dritten Personen Rath geholt und die schadenbringende Handlung im Vertrauen auf deren Aeußerungen vorgenommen oder hatte er Kenntniß von Thatsachen erhalten (z. B. der Insuffizienz), die ihm der Rathgeber vorsätzlich verschwiegen hatte — und trotzdem die Handlung vorgenommen, oder mußte er nach dem Inhalte des Raths oder nach sonstigen Umständen (z. B. weil ihm das starke Interesse des Rathgebers bekannt war, Hamburger O.L.G. in H. G.Z. XIV S. 76) die Handlung unterlassen, so würde ihm ein Anspruch gegen den Rathgeber nicht erwachsen oder es würde doch der Umfang des zu ersetzenden Schadens gemäß B.G.B. § 254 modifizirt werden (Bolze XV Nr. 301).

Nr. 15. Besteht dagegen der Kausalnexus zwischen vorsätzlichem Rath und Schadenserfolg, so ist der Rathgeber dem Anderen zum Ersatz des vollen Schadens auch dann verpflichtet, wenn er sich einen Vorbehalt („ohne obligo") macht (R.G.E. XX S. 193). Ob er sich des ganzen Umfanges des Schadens im Voraus bewußt war oder nicht, ist gleichgültig, es genügt, daß er überhaupt die Möglichkeit eines derartigen Schadens annahm (R.G.E. XXIII S. 137). Die aus vorsätzlicher Rathsertheilung erwachsende Verpflichtung kann eine Geschäftsschuld sein. Wenn z. B. der vertretende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die um eine kaufmännische Auskunft oder Empfehlung angegangen ist, vorsätzlich schadenbringenden Rath ertheilt, so haftet für die Folgen die Gesellschaft, folglich haften auch die Mitglieder, R.G.E. XX S. 192 ff. Vgl. oben § 124 Nr. 3. Bezüglich der Haftung der juristischen Person für ihre Vertreter B.G.B. § 31. — Die Verjährung des Anspruches bemißt sich diesesfalls nach B.G.B. § 852.

Nr. 16. B. Der Rathgeber haftet ferner aus einem die Haftung begründenden **Vertragsverhältniß.** Ein solches kann in doppelter Gestalt vorliegen. Entweder hat der Rathgeber sich verpflichtet, einen sorgfältigen Rath zu ertheilen. Dies ist insbesondere da der Fall, wo er aus der Rathsertheilung ein Gewerbe macht, also sich für sorgfältige Rathsertheilung bezahlen läßt (Auskunftsbureau, Rechtskonsulentenbureau, Reisebureau, vgl. R.O.H.G. XIX S. 197, Seuffert XLV Nr. 85, L Nr. 189, O.L.G. Jena in Z. XL S. 486). Hier liegt in Wahrheit ein Werkvertrag vor, treten also die Folgen des Werkvertrages ein (B.G.B. §§ 634, 635, nur wird, wie Staub mit Recht bemerkt, Wandelung oder Minderung kaum praktisch werden); ist der die Auskunft

Digitized by Google

Ertheilende ein Kaufmann, so greift § 347 für ihn Platz. Dem Falle des Gewerbes stellt das Reichsgericht den Fall gleich, daß eine Geschäftsverbindung zwischen Rathsertheiler und Rathsempfänger besteht. Der Geschäftsfreund empfängt den Rath in der Ueberzeugung, daß den Geschäftsfreund bei Ertheilung desselben kein Verschulden trifft, beziehungsweise daß jener für ein begangenes Versehen haftbar ist und der Rathsertheiler weiß, daß der Geschäftsfreund seine Mittheilung in diesem Sinne auffaßt und so auffassen darf (vgl. R.G.E. XIX S. 100, XXVII Nr. 28). Man wird hier bei jedem einzelnen Rath einen stillschweigenden Garantievertrag, nicht, wie Staub Anm. 13 will, einen Werkvertrag anzunehmen haben.

Oder die Rathsertheilung ist Bestandtheil eines andersartigen Ver- Nr. 17.
tragsverhältnisses. Dies kann bei allen möglichen Verträgen (z. B. Agenturvertrag R.O.H.G. XXII Nr. 27, Mäklervertrag Bolze XIV Nr. 365, vgl. oben § 98 Nr. 3, auch Kauf? bedenklich R.G.E. XLII S. 129,[1]) vor Allem aber beim Kommissionsvertrag der Fall sein. Die von dem Kommissionär dem Kommittenten ertheilten Rathschläge können in innerem Zusammenhang mit dem ganzen Kommissionsgeschäft stehen, vor allem kausal für die Ertheilung der Kommission sein. Solchenfalls haftet dann der Kommissionär in Gemäßheit der §§ 347, 384. (Beispiele in R.G.E. XIX S. 100, 101, Seuffert XLI Nr. 100, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 224, Bolze I Nr. 960).

Wo nun der Rathgeber aus einem die Haftung begründenden Ver- Nr. 18.
tragsverhältniß haftet, sind die Folgen der Haftung nach Maßgabe des besonderen Vertrages zu beurtheilen. So können sie beim Kommissionsgeschäft im Falle des Selbsteintritts des Kommissionärs für den durch den Rath des Kommissionärs zum Abschluß des Geschäfts verleiteten Kommittenten das Recht zur Auflösung des Vertrages begründen (R.G.E. XIX S. 97—101). Mindestens wird aber auch hier eine Verpflichtung zum Ersatze des durch den Rath entstandenen Schadens erwachsen. Allgemeine Regeln lassen sich hier schwer aufstellen. Festzustellen ist, daß ein Kausalnexus zwischen Rathsertheilung und Schadenserfolg vorliegen muß. Je nachdem somit der Rath sich erstreckt auf Vornahme von Rechtsgeschäften überhaupt oder auf Vornahme nur bestimmter Modalitäten beim Rechtsgeschäft, wird die Haftung sich beziehen auf den Schaden, der durch Eingehung des ganzen Geschäftes oder der durch Beobachtung jener Modalitäten entstanden ist. Auch der Zweck, den der Rathnehmer mit dem Geschäft verfolgte, z. B. ob er nur spekuliren oder ob er sein Geld sicher anlegen wollte, kommt dann in Betracht, wenn der Rathgeber darüber unterrichtet war (vgl. R.G.E. in Straff. XXIII S. 435, Staub, Exkurs zu § 349 Anm. 19). Natürlich ist auch der Umfang des Rathes zu erwägen, z. B. ob der Rath dahin ging, ein Börsenpapier anzuschaffen und eine gewisse Zeit nicht zu verkaufen oder ob er nur auf Anschaffung ging, während die Entschließung über die Weiterveräußerung dem Kunden überlassen bleiben sollte. Daß das Rechtsgeschäft, zu dem der Rathgeber rieth, mit dem Rathgeber selbst abgeschlossen wurde, ist natürlich nicht nothwendig (R.G.E. XXVII S. 125). — Die Verjährung bemißt sich nach dem Vertragsverhältniß, kann demnach verschieden lang sein. Ein Ausschluß der Haftung ist zulässig, soweit es sich nicht um Haftung wegen eigenen Vorsatzes handelt, doch muß er vor oder spätestens bei Eingehung des konkreten Vertragsverhältnisses in für den Anderen deutlich erkennbarer Weise erfolgen (z. B. durch Formulare, die ihm mitgetheilt werden).

Wieweit der Rathgeber **Dritten** (Anderen als den Berathenen, insbesondere Nr. 19.
dem sogenannten Angefragten, d. h. dem, über den Auskunft erbeten wird) für den diesem durch den Rath erwachsenen Schaden haftet, entscheidet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. über unerlaubte Handlungen, insbesondere den §§ 823, 826, 824 des B.G.B. Von Bedeutung ist zumal § 824, denn nach diesem macht zwar im Prinzip nicht bloß vorsätzliche, sondern auch fahrlässige Behauptung oder Verbreitung unwahrer Thatsachen, die geeignet sind, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige ökonomische Nachtheile ihm zu bereiten, dem Anderen gegenüber schadensersatzpflichtig, jedoch wird, wenn der Mittheilende oder der Empfänger der Mittheilung an der Mittheilung ein berechtigtes Interesse hatte, die Haftung nur auf Vorsatz beschränkt. Das Letztere wird aber bei kaufmännischer Auskunft immer zutreffen. — Auch unlauterer Wettbewerb (R.G. von 1894 §§ 6, 7) kann vorliegen. Handelt es sich bei einem „Rath" oder einer „Empfehlung" in Wahrheit um eine Bürgschaft, so gilt das oben Gesagte natürlich nicht.

[1]) Nach der Motivirung dieses Urtheils würden viele Kaufleute, die die Käufer „berathen", z. B. Buchhändler wegen des „Rathes" haften müssen.

Digitized by Google

§ 348.

Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.

Entw. I § 320, II § 339, Denkschr. I S. 194, II S. 3234, Kommissionsbericht S. 3919—3921, 3933 f., Sitzungsbericht des Reichstags S. 5568 ff. — A. D. H.G.B. Art. 284.

Litteratur über die Vertragsstrafe überhaupt außer den Kommentaren zum B.G.B.: Dernburg b. R. II §§ 100—103, Staub und Düringer-Hachenburg zu § 348. — Dem Plan dieses Kommentars entsprechend, wird von einer eingehenden Behandlung des ganzen Institutes abgesehen.

Nr. 1. Vorbemerkung. Das alte H.G.B. hatte im Art. 284 bei Handelsgeschäften mit Bezug auf die Konventionalstrafe drei Bestimmungen aufgestellt:

a) die Konventionalstrafe unterliegt keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages,

b) sie hat im Zweifel nicht die Natur einer Wandelpön,

c) sie begrenzt im Zweifel nicht die Höhe des Schadensersatzbetrages.

Von diesen drei Bestimmungen sind die zweite und dritte durch das B.G.B. (§§ 340—342) bürgerliches Recht geworden. Dagegen gilt dies von der ersten nicht. Hier hat § 348 den Grundgedanken des alten H.G.B. übernommen und dem B.G.B. gegenüber aufrecht erhalten. Freilich stellt auch das B.G.B. nicht ziffernmäßige Schranken für die Höhe der Vertragsstrafe auf, insbesondere erkennt es die Bestimmung des Allg. Landrechts, wonach die Vertragsstrafe das Doppelte des Interesses nicht übersteigen darf (§ 301, I 5), nicht mehr an. Wohl aber gestattet es kraft zwingender Rechtsvorschrift dem Richter, eine unverhältnißmäßig hohe Vertragsstrafe auf Antrag des Schuldners auf den angemessenen Betrag herabzusetzen (B.G.B. § 343). Dies soll nach § 348 nicht gelten, wenn der Schuldner ein Kaufmann ist und die Vertragsstrafe im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen hat. Das richterliche Ermäßigungsrecht kann ein Kaufmann für sich unter den genannten Voraussetzungen nicht anrufen. In der Kommission beseitigt, wurde die Bestimmung vom Reichstag wieder hergestellt, zumal mit Rücksicht auf den Verkehr mit dem Auslande, der bei Anwendung von B.G.B. § 343 leiden würde.

Nr. 2. I. § 348 betrifft nur einen **einzelnen** Punkt im Recht der Vertragsstrafen. Von ihm abgesehen greift das bürgerliche Recht über Vertragsstrafen auch für die von Kaufleuten versprochenen Vertragsstrafen Platz, insbesondere ist die Frage, ob die Vertragsstrafe gültig versprochen ist, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen. Würde die Ausbedingung gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot, z. B. das Reichswuchergesetz, verstoßen, so würde sie nach B.GB. §§ 138, 134 nichtig sein. Unwirksam ist ferner die Ausbedingung einer Vertragsstrafe, die ein vom Gesetz für unwirksam erklärtes Versprechen realisiren soll (B.G.B. § 344), z. B. einen wegen Mangels gesetzlicher Form unwirksamen Vertrag,[1]) während die bloße Unklagbarkeit im Allgemeinen nicht entgegensteht (Dernburg b. R. II S. 223).

Nicht minder regelt sich nach bürgerlichem Recht

Nr. 3. a) der **Begriff** der Vertragsstrafe. Unter § 348 fällt insbesondere nicht bloß die durch Vertrag, sondern auch die durch einseitiges Versprechen, z. B. in kaufmännischen Schuldverschreibungen auf Inhaber übernommene Vertragsstrafe, ferner aber auch das sogenannte Strafversprechen (B.G.B. § 343, Abs. 2), d. h. das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß man eine Handlung vornimmt oder unterläßt, ohne daß man zur Unterlassung oder Vornahme verpflichtet ist (Dernburg b. R. II S. 220),

Nr. 4. b) die Frage, ob den Schuldner ein **Verschulden** treffen muß. Dies ist nach B.G.B. § 339 zu bejahen, wenn es sich um eine wirkliche Vertragsstrafe (nicht ein Strafversprechen) handelt und die geschuldete Leistung in einem positiven Thun

[1]) Die Frage ist insbesondere praktisch geworden für Kartelle von Gewerbetreibenden zur Herbeiführung und Erhaltung angemessener Preise für die Gewerbserzeugnisse. Vgl. R.G.E. XXXVIII Nr. 41, XXVIII Nr. 54, Seuffert XLIV Nr. 13. Ueber Kartelle vgl. Cosack S. 726—728.

Digitized by Google

besteht (der Schuldner muß in Verzug kommen) — zu verneinen, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht. Im letzteren Falle wird die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt, auch wenn den Schuldner kein Verschulden trifft. Doch würde der Gläubiger, der im letzteren Falle die Zuwiderhandlung selbst herbeigeführt hat, die Vertragsstrafe nicht einfordern können (Dernburg II S. 229, R.O.H.G. XXII S. 172, Bolze IV Nr. 589). Natürlich können die Parteien auch bei positiven Leistungen die bloße Nichterfüllung zur Voraussetzung des Verfalles der Strafe machen und umgekehrt.

c) die Frage, ob der Gläubiger **neben** der Vertragsstrafe **Erfüllung** verlangen darf. Das B.G.B. §§ 340—342 unterscheidet: Nr. 5.

α) die Strafe ist für den Fall versprochen, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit überhaupt nicht erfüllt. Hier kann der Gläubiger nicht beides, Strafe und Erfüllung, verlangen, umgekehrt kann aber der Schuldner auch nicht nach seinem Belieben durch Erlegung der Strafe sich von der Erfüllung befreien (Ausnahme H.G.B. § 75 Abs. 2), sondern der Gläubiger kann wählen: Strafe oder Erfüllung. Die Wahl steht ihm in freierem Umfange, als bei gewöhnlichen Wahlschulden zu. Einmal kann ihm der Schuldner nicht eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl setzen. Während ferner bei Wahlschulden die Wahl durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile endgültig getroffen ist, hat hier der Gläubiger seine Wahl für den Fall endgültig getroffen, daß er dem Schuldner erklärt, er verlange die Strafe; — erklärt er dagegen, er verlange Erfüllung, so kann er bis zur Annahme der Leistung immer noch statt der Erfüllung die verwirkte Strafe verlangen, ja das Begehren der Strafe nimmt ihm sogar nicht einmal das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, soweit letzterer den Betrag der Strafe übersteigt, es sei denn, daß die Vertragsstrafe eine andere als Geldstrafe ist.

β) Die Strafe ist für den Fall nicht gehöriger, insbesondere nicht rechtzeitiger Erfüllung versprochen. Hier kann der Gläubiger neben der Erfüllung die verwirkte Strafe verlangen. Insbesondere ist er, wenn er Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung verlangt, berechtigt, die Geldstrafe als Mindestmaß zu Grunde zu legen; bei anderen Strafleistungen gilt auch hier, daß sein Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen ist, wenn er die Strafe verlangt.

d) Die Frage, ob die **vorbehaltlose Annahme der Leistung einen Verzicht auf die Vertragsstrafe** darstellt. Das B.G.B. bejaht dies. Nur muß es sich um die ganze Leistung handeln. Die vorbehaltlose Annahme einer Theilleistung läßt den Anspruch auf die Vertragsstrafe nicht erlöschen. Doch wird der Gläubiger, der nach erfolgter Annahme der Theilleistung die Vertragsstrafe geltend macht, das Erhaltene zurückgeben müssen, da er ja wegen Nichterfüllung nur eines von beiden — Strafe oder Erfüllung — begehren kann (Planck § 340 Nr. 3, a. A. Staub § 348, Anm. 14). Die Annahme muß vorbehaltlos erfolgen, doch hat der Gläubiger den Vorbehalt nachzuweisen. Der Vorbehalt muß bei der Annahme erfolgen, d. h. entweder direkt im Moment der Annahme oder unmittelbar nachher, wenn die Leistung in Abwesenheit des Gläubigers diesem in das Haus gebracht wäre (B.G.B. § 341 Abs. 3), ein nachträglicher Vorbehalt würde nichts nützen, wohl aber ein vorheriger. Der Vorbehalt muß durch den Gläubiger oder seinen Vertreter erfolgen, der Empfänger der Leistung, z. B. der Hausdiener, ist nicht ohne Weiteres zum Vorbehalt legitimirt und er muß, um zu wirken, dem Schuldner oder dessen Bevollmächtigten zugegangen sein. Als bevollmächtigt wird der Handlungsreisende anzusehen sein. Der Vorbehalt muß sich direkt auf die Vertragsstrafe richten, allgemeiner Vorbehalt genügt nicht (Oertmann § 341 Nr. 3). Nr. 6.

e) **Die Beweislast.** Der Gläubiger, der die Konventionalstrafe einklagt, hat, wenn die geschuldete Leistung in einem positiven Thun besteht, zu beweisen das Bestehen und die Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit, die Vereinbarung der Konventionalstrafe, die Mahnung des Schuldners, soweit nicht der Satz: „dies interpellat pro homine" Platz greift — der Schuldner hat die Erfüllung der Verbindlichkeit, beziehungsweise die Nichtvertretbarkeit der Unmöglichkeit der Erfüllung zu beweisen (B.G.B. §§ 345, 282). Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so muß der Gläubiger das Zuwiderhandeln des Schuldners beweisen (B. § 345). Nr. 7.

II. Nur **von** einem Kaufmann, nicht an einen Kaufmann versprochene Vertragsstrafen betrifft § 348, letztere auch dann nicht, wenn sie vom H.G.B. sonst geordnet sind, so in den Fällen des § 75 und möglicherweise im Falle der §§ 212, Abs. 2, 218 Abs. 2. Ferner nur von einem **Vollkaufmann**, nicht von einem **Minderkaufmann** Nr. 8.

Digitized by Google

versprochene Vertragsstrafen, für die Minderkaufleute greift das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 des B.G.B. Platz.

Welcher Art die Vollkaufleute sind, ist gleichgültig, auch Bauunternehmer, Steinbruchbesitzer u. dgl. fallen darunter. Die Vollkaufmannsqualität muß zur Zeit des Versprechens bestanden haben, nachträglicher Fortfall nützt nicht, wie umgekehrt nachträglicher Erwerb nicht schadet.

Nr. 9. Das Versprechen der Vertragsstrafe muß ein **Handels**geschäft auf Seiten des **Versprechenden** sein (§§ 348 mit § 343 Abs. 1); braucht dagegen kein solches auf Seiten des Promissars zu sein. Auch gegenüber einem Nichtkaufmann kann sich der Vollkaufmann nicht auf das richterliche Ermäßigungsrecht berufen.

Unberührt bleiben die übrigens sachlich übereinstimmenden Vorschriften des R.G., betr. die Abzahlungsgeschäfte, vom 16. Mai 1894 §§ 8, 4. Vgl. E.H.G.B. Art. 2 Abs. 2. Unberührt die besondere Bestimmung des B.G.B. § 655 über den Mäklerlohn.

Nr. 10. III. Aelteres Recht. § 348 greift für Vertragsstrafen, die vor dem 1. Januar 1900 versprochen sind, nicht Platz (a. A. Düringer-Hachenburg II S. 253).

§ 349.

Dem Bürgen steht, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage nicht zu. Das Gleiche gilt unter der bezeichneten Voraussetzung für denjenigen, welcher aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet.

Entw. I § 321, II § 340; Denkschr. I S. 194, 195, II S. 3234; Komm.Ber. S. 3920—3922, 3933 f.; Sitzungsber. des Reichstags S. 5568 ff.; A. D. H.G.B. Art. 281.

Nr. 1. Vorbemerkung. § 349 reduzirt den weittragenden Art. 281 des A. D. H.G.B. auf eine Einzelbestimmung für die kaufmännische Bürgschaft. Dies erklärt sich zum Theil aus dem Inhalt des B.G.B., zum Theil aus dem veränderten Standpunkt des neuen H.G.B. — Art. 281 Abs. 1 hatte bei Handelsgeschäften, sowie in allen Fällen, in welchen das Gesetzbuch eine solidarische Verpflichtung auferlegte, einem Gesammtschuldner die exceptio divisionis und excussionis versagt. Da das B.G.B. bei Gesammtschuldverbindlichkeiten (von der Bürgschaft einstweilen abgesehen) keine von beiden Einreden mehr anerkennt, ist die Bestimmung des Art. 281 Abs. 1 überflüssig geworden, für Gesammtschulden, die das H.G.B. kennt,[1]) sind beide Einreden nach dem bürgerlichen Recht versagt.

Art. 281 Abs. 2 hatte speziell dem Bürgen sowohl die Einrede der Theilung als die der Vorausklage für den Fall versagt, daß die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäft des Hauptschuldners hervorging oder die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft war. Auch von dieser Bestimmung ist der auf das beneficium divisionis bezügliche Theil durch das B.G.B. gegenstandslos geworden, welches dem Bürgen jene Einrede nicht mehr gewährt (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II 666, 667, B.G.B. § 769). Anders steht es mit der exceptio excussionis. Nach dem B.G.B. § 771 hat der Bürge grundsätzlich die Einrede der Vorausklage; die Ausnahmen, die B.G.B. § 773 aufstellt (Verzicht des Bürgen, Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner), treffen den Kern des alten Art. 281 Abs. 2 nicht. — Das neue H.G.B. hat an Abs. 2 des alten Art. 281 nicht festgehalten, es dehnt das Herrschaftsgebiet des bürgerlichen Rechts in dieser Hinsicht erheblich aus. Nur, wenn die Bürgschaft ein Handelsgeschäft, und zwar für den Bürgen, ist, soll dem Bürgen die sonst zulässige Einrede der Vorausklage nicht zustehen. Es ist also belanglos, daß die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäft hervorgeht oder daß die Bürgschaft für den Gläubiger ein Handelsgeschäft ist (so nach älterem Recht R.G.E. XXIX S. 20), vielmehr ist nothwendig, daß sie für den Bürgen ein Handelsgeschäft darstellt. Weiter muß der Bürge als Vollkaufmann die Bürgschaft eingehen, Bürgschaften von Minderkaufleuten unterstehen dem B.G.B. (vgl. § 351). Ob er nachher Vollkaufmann wird, ist ebenso gleichgültig, wie ob der Vollkaufmann nachträglich Vollkaufmann zu sein aufhört. Die praesumtio juris et de jure des § 5 würde natürlich auch hier eingreifen. Dagegen

[1]) Vgl. z. B. §§ 78 Abs. 2, 128, 200 Abs. 1, 202—204, 209 Abs. 1, 225 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 Abs. 2, 267 Abs. 3, 269 Abs. 5, 273 Abs. 2, 306 Abs. 6, 334 Abs. 4, 432.

Digitized by Google

ist nicht nothwendig, daß die Bürgschaft einem Vollkaufmann oder überhaupt einem Kaufmann oder daß sie für einen Kaufmann (als Hauptschuldner) geleistet wird. Jede kaufmännische Bürgschaft eines Vollkaufmanns untersteht dem § 349. Entw. I hatte noch verlangt, daß die Bürgschaft auch für den Gläubiger ein Handelsgeschäft sein müsse, Entw. II ließ bereits diese Beschränkung fallen. In der Kommission umgekehrt wurde Streichung des ganzen § beschlossen, der Reichstag stellte aber die Fassung von Entw. II wieder her, wesentlich mit Rücksicht auf den Verkehr mit dem Auslande. — Auf eine eingehende Behandlung des Bürgschaftsrechtes ist nach dem Plan dieses Kommentars Verzicht zu leisten (vgl. hier namentlich Düringer-Hachenburg zu § 349). Hervorzuheben sind nur folgende Punkte:

1. Der **Begriff** der **Bürgschaft** regelt sich nach dem bürgerlichen Recht (B.G.B. Nr. 2.
§ 765). Der Kreditauftrag ist keine Bürgschaft, begründet aber nach B.G.B. § 778 für den Auftraggeber die Haftung als Bürge, fällt also insoweit unter diesen §. Die Delkrederehaftung des Kommissionärs fällt nicht unter § 349 (vgl. Denkschr. I S. 202, unten bei § 394), wohl aber fällt darunter die Delkrederehaftung des Agenten (R.O.H.G. XII Nr. 51, vgl. oben § 84 Nr. 5). Nach selbständigen Grundsätzen wird die Wechselbürgschaft, sei es in der Form des Avals, sei es in der Form des Indossaments oder der Mitausstellung behandelt. Soweit neben dieser zugleich eine civilrechtliche Bürgschaft mitläuft, untersteht letztere natürlich dem § 349, doch ist solche Konkurrenz darzulegen, die Vermuthung spricht dagegen (R.O.H.G II Nr. 82, R.G.E. IV Nr. 3, VIII S. 66, XL S. 60, vgl. Grünhut, Wechselrecht § 76 Anm. 7, Staub, W.O. Art. 81 § 8, Bernstein W.O. Art. 81 § 3). Nicht unter den Begriff der Bürgschaft fällt Rath und Empfehlung (ob. § 347), doch kommt es nicht auf den Namen, sondern auf die Meinung der Parteien an.

2. **Wann** die Bürgschaft auf Seite des Bürgen ein **Handelsgeschäft** ist, bestimmt Nr. 3.
sich nach den bei §§ 343, 344 erörterten Grundsätzen. Sie ist im Zweifel Handelsgeschäft, wenn der Bürge Kaufmann ist (R.G.E. I S. 25), jedenfalls, wenn er dafür Entgelt erhält, aber auch bei unentgeltlicher Bürgschaft (R.O.H.G. II S. 45). Sie ist kein Handelsgeschäft, wenn sie lediglich aus verwandtschaftlichen Rücksichten eingegangen wird (R.O.H.G. XV S. 389). Sie kann Handelsgeschäft auch dann sein, wenn sie zu Gunsten eines Nichtkaufmanns erfolgt (ein Wirth verbürgt sich gegenüber der Post zu Gunsten des eine Geldsendung erhebenden Gastes, der Handelsmäkler zu Gunsten einer nichtkaufmännischen Partei — Puchelt-Förtsch Art. 281 Nr. 4). Sie wäre es z. B. nicht, wenn für einen Vormund nach B.G.B. § 1844, für den Vater nach B.G.B. § 1668 ein Kaufmann gemäß B.G.B. § 232 Abs. 2 Sicherheit leistet.

3. Ueber die **Form** der Bürgschaft bei §§ 350, 351. Auch bei Schriftlichkeit der Nr. 4.
Bürgschaft ist nicht nöthig, daß die Erklärung den Ausdruck „Bürge" enthält. Es genügt, wenn aus ihr erhellt, daß die Uebernahme einer Bürgschaft gewollt ist (Planck zu B.G.B. § 766 Nr. 2; vgl. hierzu Düringer-Hachenburg II S. 256).

4. Die **Wirkung** der kaufmännischen Bürgschaft bemißt sich grundsätzlich nach Nr. 5.
bürgerlichem Recht. Insbesondere entscheidet sich nach dem B.G.B. das Erlöschen der Bürgschaft. Die Bürgschaft würde mit der vollzogenen Aufrechnung der Hauptschuld erlöschen (B.G.B. § 389), während die Befugniß des Gläubigers zur Aufrechnung mit einer fälligen Forderung des Hauptschuldners dem Bürgen nur die dilatatorische Einrede der Verweigerung giebt (B.G.B. § 770). Ueber die Behandlung der Bürgschaft im Kontokurrent bei §§ 355—357.

5. Auch die **Haftung** des kaufmännischen Bürgen richtet sich grundsätzlich nach Nr. 6.
bürgerlichem Recht. Vor Allem gilt auch für ihn, daß der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeiten maßgebend ist, insbesondere daß der Bürge die nachtheiligen Folgen des Verzuges und des Verschuldens des Hauptschuldners überhaupt zu tragen hat und für die Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung mithaftet, daß andererseits der Hauptschuldner durch ein Rechtsgeschäft nach der Uebernahme der Bürgschaft die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitern, wohl aber einengen kann. Auch dies ist von besonderer Wichtigkeit für die Bürgschaft im Kontokurrent (§§ 355—357).

Der **Erfüllungsort** für den Bürgen ist nicht ohne Weiteres derselbe wie für Nr. 7.
den Hauptschuldner, auch dann nicht, wenn der Bürge selbstschuldnerisch haftet (R.G. bei Gruchot 44 S. 1074). Der Bürge hat es zwar übernommen, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nach Maßgabe der Hauptschuld zu erfüllen, aber daraus folgt noch nicht, daß auch der Erfüllungsort seiner Bürgschaftsverbindlichkeit derselbe ist, wie der der Hauptverbindlichkeit. Ist für die Hauptverbindlichkeit freilich ein be-

Digitized by Google

stimmter Zahlungsort verabredet, so wird es dem Sinn der Vereinbarung entsprechen, daß dort auch der Bürge zu erfüllen hat. Ist dies nicht der Fall, so wird für den Bürgen der gesetzliche Erfüllungsort des § 269 B.G.B. Platz greifen (R.G. X, S. 283 XXXIV S. 17). Die dagegen gerichteten Ausführungen Staub's, Exkurs zu § 372 Anm. 9, sind nicht überzeugend. Die von ihm gezogenen mißlichen Konsequenzen fallen fort, wenn, wie naturgemäß, im Sinn der Bürgschaft liegend betrachtet wird, daß Münzsorte, Zeitpunkt der Erfüllung, Transportkosten u. s. w. sich nach der Hauptschuld richten. Oder will Staub etwa den § 349 auf den ausländischen Bürgen, der sich für einen deutschen Kaufmann verbürgt, unter allen Umständen zur Anwendung bringen, da ja das Recht des Erfüllungsortes maßgebend wäre? Diese Folgerung zeigt die Unrichtigkeit der Staub'schen Deduktion. Vgl. auch gegen Staub Türk bei Gruchot Bd. 44 S. 837 ff. und Düringer-Hachenburg II S. 271.

Nr. 8. 6. Ebenso richtet sich die **Einredebefugniß** des kaufmännischen Bürgen nach bürgerlichem Recht. Er kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen (R.G.E. XXXIV S. 158), z. B. daß die Forderung wegen unterlassener Kündigung an den Hauptschuldner oder unterlassener Präsentation des Werthpapieres nicht fällig sei (B.G.B. § 609; a. A. für das bisherige preußische Recht R.G.E. II Nr. 50). Er verliert eine Einredebefugniß auch nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet (B.G.B. § 768 Abs. 2), was wiederum für das Kontokurrent von Bedeutung ist. Nur hinsichtlich der Einrede der Vorausklage ist er schlechter gestellt, sie steht ihm nach § 349 nicht zu, er gilt als selbstschuldnerischer Bürge. Doch kann er durch Vereinbarung mit dem Gläubiger sich die Einrede der Vorausklage wahren. Solche Vereinbarung kann sich auch aus den Umständen ergeben (R.O.H.G. XIII Nr. 62). Ja, weitergehend kann vereinbart werden, daß Bedingung der Bürgschaft ein wirklicher Ausfall des Gläubigers sei, sogenannte Schadlos- oder Ausfallsbürgschaft (R.O.H.G. XIII S. 176, O.L.G. Dresden in Z. XL, 485, Seuffert LI, S. 277, R.G. in H.G.Z. VI S. 180). Vgl. Planck S. 508 und Düringer-Hachenburg II S. 294. Auch andere Beschränkungen seiner Haftung kann der Bürge mit dem Gläubiger vereinbaren, z. B. daß er nur bis zu einem bestimmten Betrage der Hauptschuld haften wolle, welchenfalls er bis zu diesem Betrage auch bei Minderung der Hauptschuld durch Abzahlungen haftet — daß er nur auf bestimmte Zeit haften wolle. Letzteres kann in doppelter Gestalt vorkommen. Entweder übernimmt der Bürge die Haftung für eine bereits bestehende Schuld bis zu einem bestimmten Zeitpunkt. Dann wird er frei, wenn er bei Ablauf der Frist nicht vom Gläubiger gemäß B.G.B. § 777 in Anspruch genommen wird. Oder er übernimmt die Haftung nur für diejenigen Schulden, die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt entstehen. Letzterenfalls liegt darin nur eine Angabe der Verbindlichkeiten, für die der Bürge einstehen will, ohne daß sich ohne Weiteres daraus ein Schluß auf eine zeitliche Beschränkung der eigenen Haftung ziehen läßt.

§ 350.

Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntniß auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1, des § 780 und des § 781 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung.

Entw. I § 334, II § 341, Denkschr. I S. 202, 203, II S. 3234, Komm.Ber. S. 3919–3922, Stenogr.Ber. S. 5578, A. D. H.G.B. Art. 317.

Nr. 1. Der die Formfreiheit für Handelsgeschäfte statuirende Art. 317 des A. D. H.G.B. ist durch das B.G.B. überflüssig geworden. Nur die Frage war zu erheben, ob die von dem Grundsatz der Formlosigkeit der Geschäftsabschlüsse im B.G.B. oder sonstigen Gesetzen gemachten Ausnahmen sämmtlich auf Kaufleute zu erstrecken wären. Entw. I hatte von den Formvorschriften des B.G.B. zwei Ausnahmen anerkannt: abstrakte Schuldversprechen und abstrakte Schuldanerkenntnisse, die auf Seite des Schuldners Handelsgeschäfte seien und zwar gleichgültig, ob der Schuldner Voll- oder Minderkaufmann wäre. Entw. II fügte die Bürgschaft hinzu, ließ aber die drei Ausnahmen nicht für den Minderkaufmann Platz greifen. Die Kommission des Reichstages strich sämmtliche drei Fälle, der Reichstag schloß sich dagegen Entw. II wieder an.

Digitized by Google

§ 350 enthält für drei bestimmte Kategorien von nach B.G.B. formbedürftigen Nr. 2.
Geschäften die Rückkehr zur Regel der Formlosigkeit. Im Uebrigen beläßt es § 350 bei den Ausnahmen, die das B.G.B. oder sonstige Gesetze von dem Grundsatz der Formlosigkeit machen. Insbesondere sind auf Uebertragung des Eigenthums, sowie Bestellung oder Uebertragung des Erbbaurechts an Grundstücken gerichtete obligatorische Verträge (Kauf u. dgl.) auch unter Kaufleuten gerichtlich oder notariell zu beurkunden, andernfalls sind sie ungültig, werden aber durch nachfolgende (nicht erzwingbare) Auflassung und Eintragung geheilt (B.G.B. § 313). — Dagegen bedürfen obligatorische Verträge, die die Bestellung einer Hypothek oder eines Nießbrauches an einem Grundstück bezwecken oder durch die die Abtretung einer Hypothek versprochen wird, keiner Form, auch aus dem formlosen Vertrage kann geklagt werden auf Bestellung, bezw. Abtretung des Rechtes. — Mieth- oder Pachtverträge über ein Grundstück, einschließlich der Miethe von Wohnräumen und anderen Räumen (selbst wenn letztere bewegliche Sachen darstellen Crome, System I S. 276 Anm. 19), die für längere Zeit als ein Jahr geschlossen werden, bedürfen der schriftlichen Form. Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen, die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig (B.G.B. §§ 566, 580, 581 Abs. 2), von da ab jederzeit unter Beobachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen (B.G.B. §§ 564, 565). — Verträge, durch die sich ein Kaufmann verpflichtet, sein Vermögen einem Anderen zu übertragen oder einen Nießbrauch daran einem Anderen zu bestellen, bedürfen gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (B.G.B. § 311); unter letzteren Fall fällt der Verkauf des Geschäfts durch eine Aktiengesellschaft oder offene Handelsgesellschaft (oben § 25 Nr. 4, 10). — Ueber die kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine bei § 363. Sonstige Fälle des B.G.B., z. B. Schenkungen (B.G.B. § 518) haben für Kaufleute eine geringe praktische Bedeutung. Wohl aber kommen in anderen Reichsgesetzen, vor allem in der Wechselordnung aufgestellte Formerfordernisse für Kaufleute in Betracht, vgl. z. B. die §§ 2, 3 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896, aber auch aus dem H.G.B. die §§ 79, 189, 252 Abs. 2, 259 u. s. w. Endlich können auch landesgesetzliche Vorschriften für die dem Landesrecht vorbehaltenen Materien in Frage kommen (für Versicherungs- und Verlagsverträge sieht Art. 5 des Preuß. Ausf.Ges. zum H.G.B. von der Form ab). Das Nähere über die Bedeutung der einzelnen Formen gehört nicht hierher.

Die drei Geschäfte, für die § 350 Formlosigkeit proklamirt, sind Nr. 3.
obligatorische Verträge, nämlich Bürgschaften, abstrakte Schuldversprechen und abstrakte Schuldanerkenntnisse. Bei allen dreien ist Voraussetzung, daß der Schuldner als Vollkaufmann sie eingegangen ist: ob der Gläubiger Kaufmann ist, ist gleichgültig.

1. **Bürgschaften.** Während für den Bürgschaftsvertrag nach B.G.B. § 766 Nr. 4.
Satz 1 schriftliche Ertheilung der Bürgschaftserklärung erforderlich ist, kann die von einem Vollkaufmann als solchem übernommene Bürgschaft mündlich oder durch konkludente Handlungen eingegangen werden, auch dann, wenn die Hauptschuld aus einem Nichthandelsgeschäft stammt. Die mündliche Erklärung kann direkt dem Gläubiger gegenüber abgegeben werden, sie kann aber auch an den Schuldner in dem Sinne gerichtet sein, daß dieser ermächtigt wird, sie dem Gläubiger weiterzugeben (R.G.E. XXXI S. 268), auch im letzteren Falle wird sie mit Annahme seitens des Gläubigers perfekt. Auf Wechselbürgschaften bezieht sich § 350 nicht, für Kreditaufträge ist er gegenstandslos, da diese ohnehin nach B.G.B. § 778 nicht der Schriftlichkeit bedürfen. Die von einem Minderkaufmann oder die von einem Vollkaufmann außerhalb des Betriebes seines Handelsgewerbes (darüber bei § 349) ertheilte Bürgschaft bedarf der Schriftlichkeit (H.G.B. §§ 351, 343, B.G.B. § 766 Satz 1).

2. **Abstrakte Schuldversprechen** (vgl. über solche Dernburg b. R. II § 88 ff., Nr. 5.
Cosack b. R. § 162). Vollkaufleute können als solche einem Anderen, sei es einem Kaufmann oder Nichtkaufmann, mündlich ein abstraktes, d. h. eine Verpflichtung aus sich heraus selbständig begründendes Schuldversprechen ertheilen, es sei denn, daß es schenkweise ertheilt wird, welchenfalls die Form für Schenkungen zu beobachten ist (B.G.B. §§ 780, 518), oder daß es sich um Versprechen eines ganzen Vermögens oder der Uebertragung eines Grundstückes handelt, welchenfalls die §§ 311, 313 des B.G.B. zur Anwendung kommen. Gleichgültig ist, ob das Kausalgeschäft ein Handelsgeschäft ist oder nicht, die Präsumtion des § 344 würde auch dann Platz greifen, wenn das Kausalgeschäft ein Nichthandelsgeschäft ist (R.O.H.G. XVII Nr. 38). Soll das abstrakte Schuldversprechen die Wirkungen eines Wechselaktes oder eines kaufmännischen

Digitized by Google

Verpflichtungsscheines nach § 363 haben, so bedarf es auch bei Vollkaufleuten der gesetzlichen Schriftform. Für Minderkaufleute greift überhaupt B.G.B. § 780 Platz.

Nr. 6. 3. **Abstrakte Anerkennungsverträge** von Vollkaufleuten als solchen bedürfen nicht der Schriftlichkeit, gleichgültig ob der Gegenkontrahent Kaufmann oder Nichtkaufmann ist. Der Vollkaufmann muß eine auf seiner Seite bestehende Schuld anerkennen; ob das zur Anerkennung gelangende Schuldverhältniß aus einem Handelsgeschäft herstammt oder nicht, ist gleichgültig (R.O.H.G. XVII Nr. 38, Bolze VII Nr. 366). Der letztere Umstand kann höchstens von Bedeutung für die Frage sein, ob der Vollkaufmann als solcher den Anerkennungsvertrag eingeht. Erkennt z. B. ein Kaufmann Alimentationsverbindlichkeiten an, so wird er den Vertrag nicht als Kaufmann schließen. Eine zwingende Schlußfolgerung gewährt er aber nicht, so wird Jemand, der nach § 2 Vollkaufmann mit der Eintragung geworden ist, ein Anerkenntniß der aus der Zeit vor der Eintragung stammenden Schuldverhältnisse sehr wohl als Kaufmann vornehmen können. Auch Anerkenntnisse von Deliktschulden können u. U. Handelsgeschäfte sein. — War für das anzuerkennende Schuldverhältniß eine erhöhte Form (Gerichtlichkeit, notarieller Abschluß) vorgeschrieben, so bedarf auch der Anerkennungsvertrag des Vollkaufmanns dieser erhöhten Form, so wenn es sich um die Schuld aus einem Grundstückskauf (B.G.B. § 313) oder einem Schenkungsvertrag (B.G.B. § 518) handelt. Denn § 350 befreit nur von der Anwendung des B.G.B. § 781 Satz 1, nicht von der des Satz 2. Würde jedoch solche Schuld im Wege der Abrechnung (Kontokurrent § 355) oder des Vergleichs anerkannt, so würde Mündlichkeit genügen (B.G.B. § 782). Eine bloß schriftlich kontrahirte Schuld, z. B. eine Wechselschuld, Schuld aus einem schriftlichen Miethsvertrag, einem kaufmännischen Verpflichtungsschein würde formlos anerkannt werden können. — Die abstrakten Anerkennungsverträge von Minderkaufleuten unterstehen schlechthin dem B.G.B.

Nr. 7. 4. Accepte von auf einen Kaufmann ausgestellten Anweisungen (§ 363), die nicht ein abstraktes Schuldversprechen enthalten, bedürfen nach B.G.B. § 784 Abs. 2 der Schriftlichkeit.

Nr. 8. 5. Die Form **sachenrechtlicher** Rechtsgeschäfte untersteht dem B.G.B., soweit nicht das H.G.B. besondere Vorschriften enthält (z. B. §§ 364, 365, 424, 450, 222 Abs. 3, 224), ebenso die Formen von körperschaftlichen Rechtsakten (z. B. §§ 182, 189, 191, 196 u. s. w.).

Nr. 9. 6. Für Handelsgeschäfte, die vor dem 1. Januar 1900 eingegangen sind, greift hinsichtlich der Form Art. 317 des A. D. H.G.B. durch. Doch muß das Geschäft damals Handelsgeschäft gewesen sein.

§ 351.

Die Vorschriften der §§ 348 bis 350 finden auf die im § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden keine Anwendung.

Entw. I § 323, II § 343; Denkschr. I S. 195, II S. 3235; Komm.Ber. S. 3869, 3870.

Trotz entgegenstehender Anträge in der Kommission und im Plenum des Reichstages sind Handwerker und Kleingewerbetreibende für Kaufleute erklärt worden, soweit ihr Gewerbe ein Handelsgewerbe ist. Sie unterstehen indessen den in §§ 348—350 aufgestellten Vorschriften nicht.

Nr. 1. a) Verspricht demnach ein Minderkaufmann eine wirkliche Vertragsstrafe oder leistet er ein sogenanntes Strafversprechen, so kann auf seinen Antrag die Strafe wegen unverhältnißmäßiger Höhe durch Urtheil des Prozeßrichters auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen (B.G.B. § 343).

α) Der Antrag wird im Wege der Klage oder Widerklage zu stellen sein, aber auch einredeweises Vorbringen wird zulässig sein (Oertmann zu § 343), die Natur der Klage ist nicht die einer bloßen Feststellungsklage.

β) Ob die Strafe unverhältnißmäßig hoch ist, hat der Richter unter Erwägung aller Umstände zu befinden. Entscheidend sind in erster Linie die Verhältnisse zur Zeit des Urtheils, erst sekundär die Verhältnisse zur Zeit der Vereinbarung und die zur Zeit der Verwirkung (Planck zu § 343 Nr. 2). Insbesondere würde die Frage, ob die Konventionalstrafe das Interesse des Gläubigers unverhältnißmäßig übersteigt,

Digitized by Google

sich nach dem Zeitpunkt des Urtheils richten, auch das Verhalten des Schuldners, der Grad seines Verschuldens wäre in Betracht zu ziehen. Ja es würde sogar der Umstand, daß inzwischen der Schuldner Vollkaufmann geworden ist oder daß seine Vermögensverhältnisse sich erheblich gebessert haben, mit zu berücksichtigen sein (vgl. Schollmeyer S. 251).

γ) Der Schuldner hat den Beweis zu führen, daß die Strafe unverhältnißmäßig hoch ist.

δ) Die Strafe darf nicht entrichtet sein, d. h. die ganze Strafe. Theilzahlungen stehen der Herabsetzung nicht entgegen. Auch Entrichtungen unter Vorbehalt zerstören die Ermäßigungsbefugniß des Richters nicht. Die Entrichtung kann sich in jeder Form der Erfüllung vollziehen, nur darf es nicht eine zwangsweise Beitreibung sein.

b) Leistet ein Minderkaufmann eine Bürgschaft oder ertheilt er ein Kreditmandat, so hat er die Einrede der Vorausklage nach Maßgabe von B.G.B. §§ 772, 773. Nr. 2.

c) Die von einem Minderkaufmann eingegangene Bürgschaft bedarf schriftlicher Ertheilung der Bürgschaftserklärung (B.G.B. § 766), d. h. die Bürgschaftserklärung muß von dem Bürgen eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden und die so ertheilte Erklärung kann dann von dem Gläubiger mündlich oder durch konkludente Handlungen angenommen werden, der Bürge braucht die Bürgschaftserklärung auch nicht direkt dem Gläubiger auszuhändigen, er kann sie an den Schuldner oder an einen Dritten (z. B. einen Makler) geben und diesen bevollmächtigen, sie dem Gläubiger auszuliefern, in der Urkunde braucht nicht einmal ein bestimmter Gläubiger genannt zu sein, es kann dem Dritten überlassen sein, den Gläubiger auszusuchen (R.G.E. XI S. 248, XXXI S. 266). — Wird die Bürgschaftserklärung nicht schriftlich ertheilt, so ist sie nichtig, doch wird der Mangel geheilt, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt. — Auf das Kreditmandat bezieht sich dies nicht. Nr. 3.

d) Das von einem Minderkaufmann ertheilte abstrakte Schuldversprechen ist nur dann gültig, wenn es schriftlich ertheilt ist. Es muß sich um ein abstraktes Schuldversprechen handeln. Die Angabe des Bestimmungsgrundes im Allgemeinen, z. B. „aus Darlehn" hebt noch nicht die abstrakte Natur des Schuldversprechens auf, sie kann und wird häufig rein demonstrativ gemeint sein (Dernburg b. R. II S. 196). Detaillirte Darstellung läßt dagegen kausale Verflechtung annehmen, wenn nicht das Gegentheil ersichtlich ist. — Das Versprechen muß schriftlich ertheilt sein. In dieser Beziehung gilt das Gleiche wie bei der Bürgschaft, d. h. es bedarf auch hier nur schriftlicher Erklärung, während die Annahme durch den Gläubiger mündlich oder stillschweigend erfolgen kann. Wird das Schuldversprechen auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs ertheilt, so bedarf es keiner schriftlichen Form (B.G.B. §§ 781, 782). Die besonderen Ausnahmen des B.G.B. §§ 311, 313, 518 gelten auch hier. Nr. 4.

e) Das Gleiche gilt für abstrakte Schuldanerkenntnisse. Der negative Anerkennungsvertrag (B.G.B. § 397 Abs. 2) bedarf keiner bestimmten Form. Nr. 5.

Ueber den Begriff der Minderkaufleute oben § 4. Die Vorschrift des § 351 ist zwingend. Nr. 6.

Für vor dem 1. Januar 1900 eingegangene Verträge gilt das alte Recht. Nr. 7.

§ 352.

Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, mit Einschluß der Verzugszinsen, ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften fünf vom Hundert für das Jahr. Das Gleiche gilt, wenn für eine Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte Zinsen ohne Bestimmung des Zinsfußes versprochen sind.

Ist in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen, so sind darunter Zinsen zu fünf vom Hundert für das Jahr zu verstehen.

Entw. I §§ 323a (Anm. 2 zu § 324), 322, 323; II §§ 344, 342, 343; Denkschr. I S. 195, 196; II S. 3235; Komm.Ber. S. 3922–3925; A. D. H.G.B. Art. 287.

Digitized by Google

Nr. 1. Vorbemerkung. § 352 weicht inhaltlich erheblich von Art. 287 des A. D. H.G.B. ab.

Art. 287 Abs. 1 des A. D. H.G.B. beschränkte sich darauf, die Höhe der gesetzlichen Zinsen zu fixiren und zwar auf 6% bei allen Arten von Handelsgeschäften. § 352 Abs. 1 umfaßt dagegen nicht blos die eigentlich gesetzlichen, sondern auch die präsumtiven vertragsmäßigen Zinsen. Beide normirt er auf 5%. Dieser Betrag soll aber nicht bei allen Handelsgeschäften, sondern nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften als der maßgebende gelten. Nach Art. 287 Abs. 2 des A. D. H.G.B. waren in allen Fällen, wo das Gesetzbuch die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe aussprach, darunter 6%, nach § 352 Abs. 2 sind solchenfalls nur 5% darunter zu verstehen.

Die Herabsetzung der gesetzlichen kaufmännischen Zinsen von 6% auf 5% erklärt sich aus der rückläufigen Bewegung des Zinsfußes im vergangenen Jahrhundert, welche im B.G.B. zur Reduktion des gesetzlichen Zinsfußes auf 4% geführt hat (B.G.B. §§ 246, 288). Da letzterer Betrag für den Handelsverkehr zu niedrig erschien, nahm bereits Entw. I im Hinblick darauf, daß der Bankdiskont im letzten Jahrzehnt selten über 5% hinausgegangen war, 5% als den gesetzlichen Zinsbetrag für den Handelsverkehr in Aussicht. Entw. II acceptirte diesen Betrag und dehnte ihn auf die präsumtiven Vertragszinsen aus. In der Reichstagskommission gelangte bei der ersten Lesung der Antrag zur Annahme, den § 352 ganz zu streichen und so auch für den kaufmännischen Verkehr 4% als den gesetzlichen Zinsbetrag einzuführen. In Folge Widerspruchs der verbündeten Regierungen kehrte aber die Kommission in zweiter Lesung zu dem Satz von 5% zurück. Maßgebend scheint vor Allem die Rücksicht auf den Wechselzins gewesen zu sein, der nach wie vor 6% betragen sollte. Eine Herabsetzung des kaufmännischen Zinses auf 4% schloß die Gefahr in sich, daß Kaufleute, um sich den höheren Zinsfuß zu sichern, Rechtsgeschäfte auf Wechsel abschließen würden. Auch Rücksichten auf den ausländischen Markt kamen für die Festhaltung an dem Satz von 5% in Betracht.

Die Beschränkung auf beiderseitige Handelsgeschäfte erfolgte erst in der Kommission des Reichstages. Entw. I und II hatten die Vorschrift noch auf alle Handelsgeschäfte erstreckt. Durch die Beschränkung auf beiderseitige Handelsgeschäfte sollte der Richtung, die möglichste Gleichmäßigkeit mit dem bürgerlichen Recht erstrebte, entgegengekommen werden.

Nr. 2. **Absatz 1.** Nur auf den **kaufmännischen Geschäftsverkehr unter Kaufleuten** bezieht sich die Festsetzung des Zinsbetrages in Absatz 1, hier aber gleichgültig, ob beide Theile Voll- oder Minderkaufleute sind. Somit findet die Vorschrift auch im Geschäftsverkehr von Handwerkern mit Kaufleuten für und gegen den Handwerker Anwendung, dagegen nicht auf den Geschäftsverkehr des Kaufmanns mit dem nichtkaufmännischen Publikum. Nicht bezieht sich Abs. 1 ferner auf Zinsverpflichtungen aus dem Delikt eines Kaufmanns gegen einen andern Kaufmann oder aus gesetzlichen Verbindlichkeiten. Darüber bei Abs. 2.

Nr. 3. 2. Nur die **Höhe der Zinsen** normirt der § 352. Das sonstige Recht der gesetzlichen und vertragsmäßigen Zinsen regelt sich nach bürgerlichem Recht, soweit nicht das H.G.B. (vgl. § 353) selbst Grundsätze aufstellt. Insbesondere greift:

Nr. 4. a) das **Kündigungsrecht des Schuldners**, falls ein höherer Zinssatz als 6% vereinbart ist, auch für Kaufleute Platz, es sei denn, daß es sich um Schulden aus Inhaberpapieren handelt (B.G.B. § 247). Das Bundesgesetz, betr. die vertragsmäßigen Zinsen, vom 14. November 1867, welches für Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften dieses Kündigungsrecht nicht anerkannte, ist beseitigt (E. B.G.B. Art. 39). Entw. I und II hatten an jener Bestimmung des Bundesgesetzes von 1867 für Schulden eines Kaufmanns festgehalten, in der Kommission des Reichstages wurde sie gestrichen. Auch das Verbot wucherischer Zinsen gilt selbstverständlich für den Kaufmann.

Nr. 5. b) Ebenso greift B.G.B. § 289, wonach **von Zinsen Verzugszinsen nicht zu entrichten sind**, und B.G.B. § 248, wonach die **Vereinbarung des Anatocismus** nichtig ist, auch für Kaufleute Platz. In ersterer Beziehung tritt § 353 Satz 2 des H.G.B. ergänzend ein, in letzterer Beziehung ist die Privilegirung von Sparkassen, Kreditanstalten und Banken seitens des B.G.B. von besonderer Wichtigkeit für den Handelsverkehr. Die genannten Institute können im Voraus vereinbaren, daß nichterhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen. Pfandbriefinstitute können sich bei ihren Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im

Digitized by Google

Voraus versprechen lassen (B.G.B. § 248 Abs. 2). Auch auf die Bestimmungen des H.G.B. § 355 und § 687 Abs. 2 ist zu verweisen.

c) Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen regelt sich ferner, **zu welcher Zeit und wie lange die Zinsen zu entrichten sind.** Dahin gehört z. B., daß für ein Darlehn bedungene Zinsen mangels anderer Vereinbarung nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehn vor Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten sind (B.G.B. § 608), daß während des Gläubigerverzuges Zinsen nicht laufen (B.G.B. § 301). Auch Spezialrechtssätze kommen in Betracht. Aus dem H.G.B. gehören hierher die aktienrechtlichen Bestimmungen über Bauzinsen (§ 215) und den Empfang von Zinsen seitens eines Aktionärs (§ 217 Abs. 1). Nr. 6.

d) Nach allgemeinem Recht regelt sich endlich **Geltendmachung, Verjährung und Erlöschen der Zinsverpflichtung.** Bezüglich der Geltendmachung im Konkurse siehe R.K.O. § 62 Nr. 3, § 63 Nr. 1. — Ansprüche auf Rückstände von Zinsen verjähren in vier Jahren (B.G.B. § 197) vom Schluß des Jahres ab gerechnet, in dem der Anspruch entstand (B.G.B. § 201). Ist der Hauptanspruch vorher verjährt, so ist auch der Zinsanspruch damit verjährt (B.G.B. § 224). Dies Letztere ist für den Handelsverkehr von Wichtigkeit wegen der mannigfachen kurzen Verjährungsfristen des H.G.B. — Die Zinsverpflichtung erlischt mit der Hauptschuld. Indeß bleiben Zinsscheine von Inhaberpapieren, die nicht eine gegentheilige Bestimmung enthalten, trotz Erlöschens der Hauptforderung oder Aenderung oder Aufhebung der Zinsverpflichtung in Kraft (B.G.B. § 803). Sie erlischt selbständig bei Zinsscheinen von Inhaberpapieren, wenn sie nicht binnen 4 Jahren vom Schluß des Jahres, in dem sie fällig werden, präsentirt werden, es sei denn, daß der Zinsschein eine andere Frist festsetzt (B.G.B. § 801 Abs. 2, 3). Ferner verliert nach der Novelle zum Reichswuchergesetz vom 19. Juni 1893, wer aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, wenn er es vorsätzlich unterläßt, den jährlichen Auszug aus der Rechnung des Geschäftsjahres in der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist dem anderen Theil zu senden, den Anspruch auf die Zinsen für das verflossene Jahr bezüglich der in den Rechnungsauszug aufzunehmenden Geschäfte. Doch macht das Gesetz einige Ausnahmen, insbesondere findet die Bestimmung keine Anwendung auf den Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten, deren Firma in das Handelsregister eingetragen worden ist, und ebensowenig auf öffentliche Banken. — Ueber die Anrechnung von Leistungen des Schuldners auf Zinsen und Kosten B.G.B. § 367. Nr. 7.

3. **Die Höhe der gesetzlichen Zinsen,** einschließlich der Verzugszinsen (B.G.B. §§ 288, 289), soweit solche zu entrichten sind (nicht vom Schenker B.G.B. § 522), **soll bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5% jährlich betragen.** Nr. 8.

a) Wann gesetzliche Zinsen eintreten, regelt sich theils nach dem B.G.B., theils nach dem H.G.B. oder sonstigen Gesetzen. Aus dem B.G.B. gehören vornehmlich hierher die Fälle des § 452 (Verpflichtung des Käufers), § 641 Abs. 2 (Verpflichtung des Bestellers eines Werkes), § 698 (Verwendung von hinterlegtem Geld seitens des Verwahrers), §§ 668, 675, 713 (des Mandatars oder zur Dienstbesorgung Verpflichteten oder geschäftsführenden Gesellschafters), § 256 (Verzinsung von Aufwendungen), § 291 (Prozeßzinsen), § 347 (Verzinsungspflicht des Rücktretenden), § 820 Abs. 2 (des ungerechtfertigt Bereicherten). Aus dem H.G.B. die Fälle der §§ 110 Abs. 2, 111, 218 Abs. 1, 354 Abs. 2, 687 Abs. 2, vornehmlich aber der § 353, aus sonstigen Reichsgesetzen z. B. R.G. vom 20. April 1892 § 20.

b) Der Satz von 5% soll nicht gelten, wenn das maßgebende andere Gesetz einen höheren oder niedrigeren Zinssatz festsetzt. Dahin gehört vor Allem die Wechselordnung Art. 50, 51, welche die Verzugszinsen auf 6% normirt, ferner der Berner Vertrag Art. 42. Zu beachten ist auch B.G.B. § 288 Abs. 1 Satz 2, nach dem der etwaige höhere vertragsmäßige oder gesetzliche Zins als Verzugszins fortdauert, ferner § 33 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900, wonach durch Kaiserl. Verordnung für einen Konsulargerichtsbezirk oder für einen Theil eines solchen angeordnet werden kann, daß ein höherer Zinssatz gilt. Nr. 9.

4. Das Gleiche soll für **versprochene** Zinsen aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft gelten, falls nicht der Zinsfuß näher angegeben ist, d. h. es muß einerseits Zins vom Schuldner versprochen sein, sei es ausdrücklich oder (soweit dies zulässig ist) durch konkludente Handlungen, andererseits darf der Zinsfuß im Versprechen nicht bestimmt sein. Ist der Zinsfuß bestimmt, läßt die Ausdrucksweise der Bestimmung aber Zweifel, so hat der Richter nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der Nr. 10.

Digitized by Google

Handelsgebräuche (§ 346) zu entscheiden. Der Satz des § 352 ist ein ergänzender, nicht ein interpretirender.

Nr. 11. **Absatz 2.** Das H.G.B. spricht in nur wenigen Fällen die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen aus. Es sind die Fälle der §§ 110 Abs. 1, 111 Abs. 1, 218 Abs. 1, 353, 354 Abs. 2, 355 Abs. 1, 687 Abs. 2. Es handelt sich bei ihnen bald um Verpflichtungen aus beiderseitigen, bald um solche aus einseitigen Handelsgeschäften und Verpflichteter ist bald nur ein Vollkaufmann, bald auch ein Minderkaufmann oder sogar Nichtkaufmann. Absatz 2 hat also eine über den Kreis der Kaufleute hinausreichende Bedeutung. Auf Fälle, in denen ein anderes Reichsgesetz die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ausspricht, bezieht sich Abs. 2 nicht (so nicht auf das R.G. vom 20. April 1892 § 20, inkonsequent!).

Nr. 12. Aelteres Recht. Soweit es sich um vor dem 1. Jan. 1900 versprochene Zinsen handelt, gilt das ältere Recht fort, aber auch, soweit gesetzliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen, aus Schuldverbindlichkeiten in Frage kommen, die vor dem 1. Jan. 1900 eingegangen sind, selbst wenn der Verzug erst nach dem 1. Jan. 1900 eintritt (K. Lehmann in Z. XLVIII S. 95 ff., Staub § 352 Anm. 17; für Zins-Cäsur die herrschende Meinung, vgl. Grusen-Müller, Das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. S. 167, 168); selbst die Frage, ob Verzug vorliegt, muß sich nach dem alten Recht richten. Mehrere Ausführungsgesetze zum B.G.B. enthalten die Bestimmung, daß bei Verzinsungen, die vor dem 1. Jan. 1900 begonnen haben, an Stelle der früheren gesetzlichen 5% die 4% des B.G.B. treten sollen (so preußisches A.G. zum B.G.B. Art. 10, Lübeck. A.G. § 23, Bremisches A.G. § 10). Auf das Verhältniß des neuen H.G.B. zum alten H.G.B. läßt sich dies nicht analog anwenden, denn das Landesrecht hat über die zeitlichen Grenzen der Anwendbarkeit jüngeren und älteren Reichsrechts keine Kompetenz.

§ 353.

Kaufleute unter einander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern. Zinsen von Zinsen können auf Grund dieser Vorschrift nicht gefordert werden.

Entw. I § 324, II § 345; Denkschr. I S. 195, II S. 3235; A. D. H.G.B. Art. 289.

Nr. 1. **Satz 1** entspricht inhaltlich dem Art. 289 des A. D. H.G.B. Er statuirt eine besondere Art von gesetzlichen Zinsen, denn um gesetzliche, nicht um vertragsmäßige Zinsen handelt es sich. Diese gesetzlichen Zinsen sind zwar nicht Verzugszinsen im Sinne des B.G.B. § 288 (so auch Cosack S. 141, a. A. v. Hahn zu Art. 289), aber den Verzugszinsen verwandt. Weil sie keine wahren Verzugszinsen sind, erfordern sie keine Mahnung und kein Verschulden des Schuldners (B.G.B. §§ 284, 285). Der Gläubiger kann vielmehr ohne Weiteres vom Tage der Fälligkeit ab Zinsen fordern. Ist er freilich selbst in Annahmeverzug, so fällt die Zinspflicht für den Schuldner fort (B.G.B. § 301).

Nr. 2. **Wann die Fälligkeit der Forderung eintritt,** bestimmt sich nach bürgerlichem Recht, soweit nicht im H.G.B. besondere Normen enthalten sind, z. B. bezüglich der Bodmereischuld in den §§ 687, 698. Nach B.G.B. § 271 tritt, falls eine Zeit für die Leistung weder bestimmt ist (sei es durch Vertrag, sei es durch Gesetz B.G.B. §§ 551, 641, 699) noch aus den Umständen zu entnehmen ist, die Fälligkeit sofort mit der Entstehung der Forderung ein. Nur bedarf es bei Darlehn, falls eine Zeit für die Rückgewährung nicht bestimmt ist, der in gesetzlicher Frist erfolgenden Kündigung seitens eines Theiles, um die Fälligkeit herbeizuführen (B.G.B. § 609 Abs. 1, 2). Für die Frage, ob eine Zeit für die Leistung vereinbart oder aus den Umständen zu entnehmen ist, ist auf die Handelsgebräuche nach § 346 Rücksicht zu nehmen. Der Inhalt des alten Art. 326, der in das neue Gesetzbuch nicht übernommen ist (vgl. Denkschr. I S. 193, II S. 3233), ist insoweit aufrechtzuerhalten. So wird bei Zahlung „nach Belieben", „nach Bequemlichkeit", „nach Möglichkeit" eine angemessene Zahlungszeit unter Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände anzunehmen sein (R.O.H.G. II Nr. 44, I Nr. 1, XIV Nr. 50, VII Nr. 10, vgl. Dove-Apt S. 96 Nr. 13). Bei „sofort", „umgehend" zu machenden Leistungen wird regelmäßig ein mäßiger Zeitraum zur Leistung zu ge-

Digitized by Google

währen sein (R.O.H.G. IV Nr. 73, Bolze XII Nr. 473). — Bei gegenseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen tritt die Fälligkeit der Schuld erst ein, wenn der Gläubiger auch seiner Erfüllungspflicht nachkommt, also beim normalen Kauf erst mit der Uebergabe der Waare, es sei denn, daß der Schuldner in Annahmeverzug geräth, beim Kauf eines Grundstücks schon mit der Eintragung des Käufers in das Grundbuch (B.G.B. §§ 452, 446), beim Werkvertrag mit der Uebernahme des Werkes (B.G.B. § 641). Anders beim Pränumerationskauf und beim Kreditkauf. — Bei Präsentationspapieren ist zwar der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet, aber die Fälligkeit tritt bereits am urkundlichen Verfalltag ein. Folglich hat der Gläubiger von da ab den Zinsanspruch aus § 353, der jedoch dann fortfällt, wenn (wie regelmäßig) der Gläubiger in Annahmeverzug ist (wichtig B.G.B. § 296) oder der Schuldner hinterlegt (Staub § 353 Anm. 8, a. A. R.O.H.G. XXII Nr. 68, Förster in Busch 45, 256). — Wird die bereits fällige Schuld nachträglich gestundet, so hört mit der Stundung die Zinsverbindlichkeit nicht ohne Weiteres auf (R.O.H.G. XXIII S. 391, 392, vgl. Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 330, Oertmann zu § 452 Nr. 2, Planck zu § 452 Nr. 3).[1])

§ 353 will nur den äußersten Termin des Zinsenlaufes festsetzen. Laufen Nr. 3.
nach dem Gesetz die Zinsen schon von einem früheren Zeitpunkt ab, so gilt dies auch für beiderseitige Handelsgeschäfte. Insbesondere kommt § 354 Abs. 2 in Frage.

Nothwendig ist nach § 353, daß die Forderung aus einem **beiderseitigen** Nr. 4.
Handelsgeschäfte herstammt. Kaufmann muß der Berechtigte zur Zeit der Entstehung der Forderung sein, die nachherige Aufgabe des Geschäfts steht nicht im Wege (Bolze V Nr. 300), umgekehrt nützt es ihm nichts, wenn er nachher Kaufmann wird (wichtig!). Daß beide Theile Vollkaufleute sind, ist nicht erforderlich, auch Handwerker und Kleingewerbetreibende unterstehen dem § 353. Ob die Forderung auf Leistung oder Schadenersatz wegen Nichtleistung oder mangelhafter Leistung geht, ist natürlich gleichgültig (R.G.E. XX S. 122), ebenso ob der Vertrag ein einseitiger oder gegenseitiger ist. Immer aber muß eine Geldschuld in Frage stehen, liegt eine andere Schuld vor, so greift § 353 nicht Platz (O.L.G. Hamburg in H. G.Z. VIII S. 194). Forderungen aus Delikten gehören nicht hierher, selbst wenn das Delikt eine Geschäftsschuld begründet.

Die Höhe der Zinsen beträgt 5% (§ 352 Abs. 2). Ist ein niedrigerer Zinssatz Nr. 5.
vereinbart, so greift dieser Platz. B.G.B. § 288 Abs. 1 findet hier keine Anwendung (vgl. auch Prot. S. 1315).

Satz 2 setzt, was B.G.B. § 289 für Verzugszinsen bestimmt, für diese Zinsen Nr. 6.
ebenfalls fest, daß sie nicht von Zinsen gefordert werden können. Umgekehrt können von ihnen nicht Verzugszinsen im Sinne des B.G.B. gefordert werden (B.G.B. § 289).

Das ältere Recht stimmte überein (Art. 289). Art. 288 des A. D. H.G.B. hatte Nr. 7.
bestimmt, daß, wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, eine fällige Forderung hat, wegen derselben vom Tage der Mahnung an Zinsen fordern könne, sofern er nicht nach dem bürgerlichen Recht schon von einem früheren Zeitpunkt an Zinsen zu fordern berechtigt ist — und daß die Uebersendung der Rechnung für sich allein nicht als Mahnung gelte. Diese Sätze sind vom 1. Januar 1900 ab bürgerliches Recht. Dasselbe gilt von Art. 293 A. D. H.G.B., wonach die Zinsen bei Handelsgeschäften in ihrem Gesammtbetrage das Kapital übersteigen können. Art. 292 Abs. 2 des A. D. H.G.B. (aufrechterhalten durch § 2 des Bundesgesetzes vom 14. November 1867) gilt in Zukunft nicht mehr. Werden von einem Kaufmann mehr als 6% Zinsen versprochen, so hat er das allgemeine Kündigungsrecht aus B.G.B. § 247 (vgl. bei § 352 Nr. 4).

§ 354.

Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern.

[1]) Solche Stundung kann auch stillschweigend erfolgen. Ist sie in einer Geschäftsverbindung längere Zeit erfolgt, so ist nach dem Handelsgebrauch möglicherweise darin eine Stundung auch für die Zukunft zu erblicken. —

Digitized by Google

Für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen kann er vom Tage der Leistung an Zinsen berechnen.

Entw. I § 325, II § 346; Denkschr. I S. 196, II S. 3235; A. D. H.G.B. Art. 290.

Vorbemerkung. Im Gegensatz zum bürgerlichen Recht gewährt § 354 dem Kaufmann, der als solcher einem Anderen Dienste leistet, auch ohne (ausdrückliche oder stillschweigende) Verabredung Anspruch auf eine Vergütung. Da das Handelsgewerbe von der Erwerbsabsicht durchdrungen wird, so geht das Gesetz von der Grundauffassung aus, daß die Dienste des Kaufmanns in der Erwerbsabsicht vorgenommen werden und daß der andere Theil dem Rechnung tragen muß (R.O.H.G. XXIII Nr. 33). Diese Auffassung würde streng genommen — wenigstens bei Vereinbarung von Diensten — nur zu einer Rechtsvermuthung führen. Darüber hinausgehend gewährt das Gesetz aber ein unmittelbares Recht, das nur durch eine entgegenstehende Vereinbarung, beziehungsweise einen anderen Willensausdruck des Geschäftsführenden beseitigt wird.

Nr. 1. 1. Nur ein **Kaufmann** hat das Recht auf Vergütung. Der alte Art. 290 und mit ihm Entw. I haben dies ausdrücklich hervor. Die im Entw. II vorgenommene Formulirung hat daran nichts geändert. Denn nur ein Kaufmann übt ein Handelsgewerbe aus. Ob es sich um einen Voll- oder Minderkaufmann handelt, ist gleichgültig (R.O.H.G. X S. 243). Wer sich bloß als Kaufmann gerirt, hat den Anspruch nicht ohne Weiteres. Es genügt, daß der Dienstleistende zur Zeit der Dienstleistung Kaufmann war (Bolze V Nr. 300), umgekehrt nützt nachträglicher Erwerb der Kaufmannseigenschaft nichts (wichtig).

Nr. 2. 2. Die Dienste müssen geleistet sein **„in Ausübung seines Handelsgewerbes"**. Diese Worte besagen nichts anderes, als die alte Fassung „in Ausübung des Handelsgewerbes". Bei Berathung des alten H.G.B. hatte man freilich in der Nürnberger Konferenz das Wort „des" statt des im preußischen Entwurf befindlichen „seines" gewählt, um jeden Zweifel daran zu beseitigen, daß das Geschäft auch ein ungewöhnliches für das betreffende Handelsgewerbe sein könne, wenn es nur in den Betrieb des Handelsgewerbes falle (Prot. S. 427 vgl. R.O.H.G. VII S. 363, Busch XXXIII S. 337, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 96). Durch die Rückkehr zu der Fassung des preußischen Entwurfs hat das neue H.G.B. an dieser Auffassung nichts ändern wollen. Auch im § 343 Abs. 1 wird die gleiche Wendung gebraucht, ohne daß damit nur die gewöhnlichen Geschäfte dieses Gewerbes bezeichnet werden. Demgemäß kann der geleistete Dienst auch für das konkrete Gewerbe ein ausnahmsweise vorkommender sein, wenn er nur in Verbindung mit dem Handelsgewerbe steht. Leistet dagegen der Kaufmann nicht als solcher Dienste, so entscheidet sich nach bürgerlichem Recht, wieweit er Vergütung beanspruchen kann. Hat er z. B. als Vormund für seinen Mündel dessen Möbel zur Aufbewahrung auf seinen Speicher gestellt, so würde § 354 nicht Platz greifen. — Die Dienste werden überhaupt nicht geleistet, wenn ohne Vorwissen des Kaufmanns Jemand dessen Räume ausnutzt. Hier kann nicht aus dem Gesichtspunkt des § 354 vom Kaufmann der Anspruch erhoben werden (R.O.H.G. XXIII Nr. 33, O.L.G. Celle in Z. XXXVIII S. 180).

Nr. 3. 3. Die Dienste brauchen **nicht** nothwendig auf Grund **vertragsmäßiger** Beredung geleistet zu sein. Auch bei Geschäftsführung ohne Auftrag würde der Kaufmann Anspruch auf Vergütung haben (R.G.E. XXXII S. 14), vorausgesetzt, daß der andere Theil die Geschäftsführung nach bürgerlichem Recht oder Handelsrecht anzuerkennen gehalten ist (z. B. Fall des § 379 Abs. 2).

Nr. 4. 4. Die Dienste müssen **einem Anderen** geleistet sein, also sich an die Adresse des Anderen richten. Ist der Andere „Rechtsparasit" dabei, d. h. hat der Kaufmann lediglich in eigenem oder irgend eines Dritten Interesse die Leistungen vorgenommen, während der Andere aus der Vornahme Vortheil zieht, so kann der Kaufmann von dem Anderen nichts beanspruchen. Gewährt z. B. der Kaufmann, um die schnelle Beförderung seiner Waaren durchzusetzen, dem Frachtführer eine Extraleistung, so kann er dafür von den Eigenthümern der fremden, mitbeförderten Waaren keine Vergütung beanspruchen. Läßt der Kaufmann Waaren sich zur Ansicht schicken und lehnt er sie nachher ab, so kann er für die Aufbewahrung keine Provision verlangen, sondern höchstens Ersatz der entstandenen Kosten (vgl. R.O.H.G. XXIV Nr. 12). — Nichts schadet es dagegen, daß der Kaufmann neben dem Interesse des Andern das eigene fördern will, z. B. daß er von seinem Retentionsrecht Gebrauch macht (R.G.E. I S. 284, dagegen Bolze VI Nr. 345, 118).

Digitized by Google

5. Der Andere, dem Dienste geleistet werden, braucht nicht nothwendig Kauf- Nr. 5.
mann zu sein.

6. Der Anspruch auf Vergütung **besteht „auch ohne Verabredung", wird aber** Nr. 6.
ausgeschlossen durch eine entgegenstehende Verabredung. Er wird ferner ausgeschlossen durch die hervortretende Willensrichtung des Kaufmanns, ohne Entgeld die Dienste zu leisten, also rein aus Gefälligkeit, donandi causa („franko Spesen", „franko Provision", „franko auf Lager", Regelsberger bei Endemann II S. 498). Den Beweis für diese Thatsachen hätte an sich der andere Theil zu führen; doch wird die Verkehrsüblichkeit oder die Sachlage häufig einen speziellen Beweis ersparen. Bei solchen fiktiven Kaufleuten, z. B. Aktiengesellschaften, die gar keine Erwerbszwecke verfolgen, wird dies häufig auf der Hand liegen. Aber auch bei den gewöhnlichen Kaufleuten kann sie nach der Verkehrsauffassung hin und wieder ohne Weiteres angenommen werden, besonders dann, wenn es sich um Lappalien handelt, wie kleine Mittheilungen u. dgl. So ist es vielfach üblich, daß die Erhebung und Versendung von Kouponsbogen ohne Berechnung einer Provision erfolgt (Busch XLI S. 261). Vgl. auch bei § 380.

7. Der Anspruch besteht nur insoweit, als nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt. Nr. 7.
So kann der Handlungsagent die Provision mangels entgegenstehender Vereinbarung erst mit der Ausführung des Geschäfts verlangen (§§ 88, 90), über den Handelsmäkler vgl. bei § 99 Nr. 4, bezüglich des Kommissionärs bei § 396. Zu beachten ist auch B.G.B. § 138.

8. Die **einzelnen Fälle von Dienstleistungen** im weiteren Sinne, mit denen sich § 354 Nr. 8.
befaßt, lassen sich unter die zwei Gruppen: **Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen** einerseits, **Kapitalverwendungen** andererseits stellen. Die Vergütung für jene soll bestehen in der Provision (bei Aufbewahrung Lagergeld), die für diese im Zins.

a) **Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen.** Diese beiden Ausdrücke umfassen Nr. 9.
alle thatsächlichen und juristischen Thätigkeiten, die dem Anderen einen wirthschaftlichen Vortheil verschaffen sollen und zu verschaffen geeignet sind (Seuffert LVI Nr. 82), wobei die Geschäftsbesorgungen auf die juristischen, die Dienstleistungen auf die faktischen Thätigkeiten zu beziehen sind. Zu jenen würde z. B. Eingehung einer Bürgschaft für den Anderen (R.O.H.G. XI S. 247), Abgabe eines Gefälligkeitsacceptes, Vornahme eines Wechselprotestes, Wechselinkassi, Vornahme des Selbsthilfeverkaufes nach §§ 373, 379, 388, 417, 437, des Pfandverkaufes (Bolze XII Nr. 474), Versicherung der Waare für den Anderen — zu diesen die Ueberlassung des Gebrauchs von Räumen zur Lagerung von Waaren oder zum Aufenthalt von Personen, die Gestattung der Benutzung von Waaren, Betriebsmitteln, Arbeitskräften (vgl. § 396 Abs. 2), die Information durch Nachrichten, die Ertheilung von Auskünften, die Vornahme von Erkundigungen, die sorgfältige Verpackung von vorsichtig zu behandelnden Gegenständen (R.O.H.G. III Nr. 23) gehören. Dabei dürfen aber Geschäftsbesorgung und Dienstleistung nicht Bestandtheile der gewöhnlichen Ausführung eines anderen entgeltlichen Vertrages bilden. Soweit der Verkäufer kraft gewöhnlicher Ausführung des Kaufvertrages, der Kommissionär, Frachtführer, Lagerhalter kraft gewöhnlicher Ausführung des Kommissions-, Speditions-, Lagergeschäftes faktisch oder juristisch thätig sind, werden sie durch den Kaufpreis, die Provision, Fracht, das Lagergeld entschädigt. Deswegen kann auch für bloße Saldoziehung beim Kontokurrent keine besondere Vergütung beansprucht werden (R.O.H.G. XXII S. 73—75), wohl aber für die Eröffnung eines neuen Kontokurrents nach Ablauf der ursprünglich allein in Aussicht genommenen Rechnungsperiode durch Uebertragung des Passivsaldo des Korrespondenten; denn darin liegt ein Kreditiren. Ebensowenig für Empfang von Einzahlungen beim Kontokurrent. Nur dann, wenn die Vertragsgegner in ungewöhnlicher Weise thätig werden, z. B. der Verkäufer durch eine besonders sorgfältige Verpackung (R.O.H.G. III S. 115) oder durch Selbsthilfeverkauf nach § 373 Abs. 2 (R.G.E. XXXIII S. 408), der Kommissionär durch Delkrederestehen (§ 394 Abs. 2), würde ihnen der Anspruch auf besondere Vergütung nach Maßgabe des § 354 zustehen. Hierhin gehört auch der Fall des geschäftsführenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft. Soweit die Thätigkeit zur Geschäftsführung gehört, ist ein Anspruch auf besondere Vergütung aus § 114 nicht zu rechtfertigen, soweit es sich dagegen um besondere Dienste handelt, die jenseits jenes Kreises liegen, wäre ein Anspruch nicht ausgeschlossen (vgl. § 110 Nr. 4). Vgl. ferner bei § 373 Nr. 14, 31 (Recht des Verkäufers auf Lagergeld bei Annahmeverzug des Käufers), § 379 (Recht des beanstandenden Käufers auf Lagergeld).

Für Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen kann Provision und, wenn Nr. 10.
es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den ortsüblichen Sätzen gefordert werden.

Digitized by Google

Nr. 11. α) **Provision** ist der auch sonst im H.G.B. technische Ausdruck für eine Vergütung, die für einzelne Dienste gewährt wird, im Gegensatz zum fixen Gehalt oder zur Tantième (vgl. §§ 65, 88, 396, 409). Die Provision besteht regelmäßig in einem Prozentsatz vom Werthbetrage oder Preise des Geschäftsobjektes im Gegensatz zur Tantième, die in einem Prozentsatz vom Gewinn besteht (Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte 1897 S. 174). Ueber die Höhe der Provision soll Ortsüblichkeit entscheiden, fehlt es an einem ortsüblichen Satze, so wird den Umständen angemessene Provision beansprucht werden können (vgl. O.L.G. Hamb. in Z. XXXV S. 258).

Nr. 12. β) Das **Lagergeld** bildet einen besonderen Anwendungsfall der Provision, es ist die für Aufbewahrung von Sachen gebührende Provision. Daß die Sachen gerade in einem Lagerraume (auch eigenem R.G.E. I S. 286) im Sinne des § 416 gelagert werden, ist nicht nothwendig, auch für Aufbewahrung von Werthpapieren würde ein Lagergeld verlangt werden können. Die Aufbewahrung darf nicht auf ein Lagergeschäft des Lagerhalters (§ 416 ff.) zurückführen, hier würde ein vertragsmäßiges Aequivalent zu gewähren sein. Gleichgültig ist, wem die Sachen gehören (Bolze XI Nr. 403).

Nr. 13. b) **Kapitalsaufopferungen.** Das Gesetz hebt besonders hervor Darlehn, Vorschüsse und Auslagen, um sodann auf andere Verwendungen hinzuweisen. Darlehn und Vorschüsse haben das Gemeinsame, daß der Andere direkt das Kapital erhält, bei Darlehn auf Grund des Darlehnsvertrages (B.G.B. § 607 ff.), bei Vorschüssen in sonstiger Art, z. B. als freiwillige Vorausbezahlung auf eine spätere Leistung, die einem Dritten obliegt. Bei „Auslagen und anderen Verwendungen" wird für den Anderen Kapital geopfert durch Zahlung oder sonstige Zuwendung an Dritte, sei es an Behörden (z. B. Zollgelder), sei es an Private, sei es kraft ertheilter Weisung, sei es kraft Geschäftsführung ohne Auftrag (Seuffert LI Nr. 121). „Auslagen" sind dabei vornehmlich baare Auslagen, „andere Verwendungen" vornehmlich sonstige vermögensrechtliche Leistungen, z. B. Gewährung von Lebensmitteln an Menschen oder Thiere.

Nr. 14. Das Recht, Zinsen zu fordern, setzt das Bestehen des Anspruches auf Ersatz der Kapitalsaufopferungen voraus. Dieser richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Besteht solch' Anspruch nicht, so cessirt auch das Recht auf Zinsen, so bei den Aufwendungen des Mäklers nach B.G.B. § 652 Abs. 2, so beim Handlungsagenten hinsichtlich der gewöhnlichen Kosten und Auslagen (§ 90).

Nr. 15. Das Recht auf Zinsen hat der Kaufmann vom Tage der Kapitalsaufopferung an, des Verzuges des Schuldners bedarf es nicht (v. Hahn zu Art. 290, § 5, Seuffert LI Nr. 121). Dagegen befreit Verzug des Gläubigers den Schuldner für dessen Dauer von der Fortentrichtung der Zinsen (B.G.B. § 301). Die Zinsen betragen 5% (§ 352 Abs. 2).

Nr. 16. 9. An Stelle der gesetzlichen Provision kann die vereinbarte treten, ebenso hinsichtlich der Zinsen. Wer sich auf die Vereinbarung beruft, hat sie zu beweisen. Die Höhe hat ihre Grenze an zwingenden Rechtssätzen (z. B. B.G.B. § 655, H.G.B. § 741).

Nr. 17. 10. Das alte Recht (Art. 290) stimmte überein.

§§ 355—357.

§ 355. Steht Jemand mit einem Kaufmanne derart in Geschäftsverbindung, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Theil sich ergebenden Ueberschusses ausgeglichen werden (laufende Rechnung, Kontokurrent), so kann derjenige, welchem bei dem Rechnungsabschluß ein Ueberschuß gebührt, von dem Tage des Abschlusses an Zinsen von dem Ueberschusse verlangen, auch soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind.

Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

Digitized by Google

Die laufende Rechnung kann im Zweifel auch während der Dauer einer Rechnungsperiode jederzeit mit der Wirkung gekündigt werden, daß derjenige, welchem nach der Rechnung ein Ueberschuß gebührt, dessen Zahlung beanspruchen kann.

§ 356. Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.

Haftet ein Dritter für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung als Gesammtschuldner, so findet auf die Geltendmachung der Forderung gegen ihn die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung.

§ 357. Hat der Gläubiger eines Betheiligten die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was seinem Schuldner als Ueberschuß aus der laufenden Rechnung zukommt, so können dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden. Geschäfte, die auf Grund eines schon vor der Pfändung bestehenden Rechtes oder einer schon vor diesem Zeitpunkte bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden, gelten nicht als neue Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift.

Entw. I §§ 326—328, II §§ 347—349; Denkschr. I S. 196 ff., II S. 3235—3237; A. D. H.G.B. Art. 291.

Litteratur: Levy-Rießer, Der Contocorrentvertrag 1884, Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. III S. 473 ff. und in Endemanns Hdb. III 936—960, Goldschmidt, System § 111, Keyßner zu Art. 291, Rießer in den Verh. des 18. deutschen Juristentages, Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I 1891 S. 255 ff., Greber, Das Kontokorrentverhältniß 1893, Kemmer, Der Kontokorrentverkehr 1897, Berlé, Wechselforderungen zwischen Kontokorrentgenossen, Diss. 1897, Litthauer zu § 355 ff., Dernburg b. R. II § 336, Cosack § 69, Granfelt, Om Kontokuranten. Helsingfors 1899, Staub und Düringer-Hachenburg zu §§ 355—357.

Vorbemerkung. Art. 291 des A. D. H.G.B. hatte für das Kontokurrent, ohne dessen Begriffsfeststellung zu unternehmen, lediglich zwei Einzelbestimmungen und auch diese nur für den Fall, daß das Kontokurrent unter Kaufleuten bestand, aufgestellt. Weitergehend geben die §§ 355—357 zunächst eine Definition der „laufenden Rechnung", enthalten sodann zwar nicht eine erschöpfende Regelung dieses Rechtsinstituts, aber doch eine Reihe von wichtigen Rechtssätzen, auf Grund deren Theorie und Praxis die weitere Ausgestaltung vorzunehmen in der Lage ist. Sie erstrecken diese Sätze endlich auch auf den Fall, daß nur der eine Theil Kaufmann ist. Nr. 1.

1. **Begriff der laufenden Rechnung** (des Kontokurrents). Für den Kontokurrentvertrag stellt § 355 zwei Momente als wesentliche hin: einmal eine Geschäftsverbindung zwischen einem Kaufmann und einer anderen Person, aus der auf beiden Seiten Ansprüche erwachsen und Leistungen resultiren — als Grundlage des Kontokurrents, sodann eine laufende Rechnung über die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen, die ihre Erledigung (Ausgleichung) durch periodische Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses für den einen oder anderen Theil finden soll. Seinen Namen hat der Kontokurrentvertrag von dem letzteren Moment. Er ist eine laufende Rechnung eigenthümlicher Art und mit eigenthümlichen juristischen Folgen. Laufende Rechnungen kommen vielfach im Leben vor, ohne daß von Kontokurrent im Sinne des Gesetzbuchs gesprochen werden kann. Das gesetzliche Kontokurrent des § 355 erfordert: Nr. 2.

Digitized by Google

Nr. 3. a) eine **Geschäftsverbindung** zwischen zwei Personen, d. h. eine auf die Dauer berechnete Beziehung zwischen zwei Personen, kraft deren diese mit einander Geschäfte eingehen. Eine laufende Rechnung kann ohne jede Geschäftsverbindung vorkommen. So kann der Vormund für den Mündel kraft seines Amtes, der Ehemann für die Ehefrau, der Bruder oder Freund für den Bruder oder Freund aus Gefälligkeit die für sie gemachten Ausgaben mit den für sie empfangenen Einnahmen in laufender Rechnung buchen und am Schluß des Jahres oder Quartals zur Verrechnung bringen. Ebenso können die verschiedenen Niederlassungen eines Geschäftes, die verschiedenen Kassen einer Anstalt ihre gegenseitigen Ein- und Abgänge in laufende Rechnung stellen und zu bestimmten Terminen mit einander abrechnen. Von einer Geschäftsverbindung im Sinne des Gesetzes ist hier keine Rede, die Rechnung selbst ist ohne jeden Einfluß, die Verrechnung und Feststellung wenigstens ohne einen höheren Einfluß, als ihr nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (B.G.B. §§ 780—782) zukommen würde.

Nr. 4. b) Die **Parteien**, zwischen denen die das Kontokurrent begründende Geschäftsverbindung besteht, können beide Kaufleute sein — rein kaufmännisches Kontokurrent — oder nur der eine ist Kaufmann, der andere ist Nichtkaufmann — halb kaufmännisches Kontokurrent — oder keiner ist Kaufmann — bürgerliches Kontokurrent. Das Gesetz befaßt sich nur mit den beiden ersten Fällen, der Fall des bürgerlichen Kontokurrents scheidet aus. Damit verlieren landesrechtliche Bestimmungen, die auch auf diesen Fall die Sätze des A. D. H.G.B. über das Kontokurrent erstreckt hatten (Bremisches Einf.-Ges. § 30) ihre Bedeutung. Möglich ist, daß auch Nichtkaufleute durch Vereinbarungen gewisse, dem gesetzlichen Kontokurrent ähnliche Rechtswirkungen erzielen, insbesondere mit Bezug auf die Ausklagung der einzelnen Posten und die Verjährung (R.O.H.G. XII Nr. 53, 95, XIV Nr. 30, XX Nr. 32, vgl. unten Nr. 39).

Nr. 5. c) Es ist erforderlich, aber auch genügend, **daß der eine Theil Kaufmann** (auch Minderkaufmann) **ist.** Der andere Theil braucht nicht Kaufmann zu sein. Insbesondere sind die mit Banken in Verbindung stehenden „Korrespondenten" häufig Nichtkaufleute, sei es Privatpersonen, sei es öffentliche Korporationen (Kemmer S. 40).

Nr. 6. d) Da die Geschäftsverbindung mindestens auf der einen Seite einen Kaufmann voraussetzt, handelt es sich im Wesentlichen um eine Verbindung handelsgeschäftlicher Art. Die in das Kontokurrent aufgenommenen Posten werden regelmäßig aus Handelsgeschäften entspringen. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß kraft besonderer Abrede einzelne Ansprüche aus Nichthandelsgeschäften in das Kontokurrent aufgenommen werden. Nur der Gesammtcharakter des Kontokurrents muß auf wenigstens einer Seite kommerziell sein.

Nr. 7. e) Nur eine solche Geschäftsverbindung kann Grundlage des Kontokurrents sein, aus der **beiderseitige Ansprüche und Leistungen** erwachsen können. Demnach ist die von der herrschenden Ansicht getheilte, obwohl nicht ganz unbestrittene Auffassung, daß das Kontokurrent ein gegenseitiges, Forderungen und Schulden erzeugendes Rechtsverhältniß (ein wechselseitiges Kreditiren) erfordert, zum Gesetze erhoben worden (R.O.H.G. III S. 149, VI S. 256—258, R.G.E. I S. 18, 19, XVIII S. 247, XXII S. 151, O.L.G. Frankfurt in Z. XLIII S. 349, Bolze III Nr. 585, 587, VI Nr. 453, Greber S. 2, 24, 25 — anders Kemmer S. 36). Doch genügt die bloße Vereinbarung der Gegenseitigkeit; daß effektiv auf beiden Seiten Posten zur Buchung gelangen, ist nicht nothwendig. Rein einseitige Krediteröffnungen, bei denen der Kreditnehmer successive die kreditirten Posten abtragen soll, z. B. der Landwirth die vom Bankier entliehenen Summen oder die Hausfrau wöchentlich auf das Haushaltungsbuch abzahlen soll (Greber S. 65, R.O.H.G. XII S. 68, 72), fallen nicht unter das Kontokurrent, wenn sie auch dessen Namen tragen (L.G. Hamburg in Z. XXXV, 258). Denn hier soll nur von Ansprüchen auf der einen Seite die Rede sein. Immerhin ist nicht ausgeschlossen, daß, soweit nicht zwingende Rechtssätze entgegen stehen, auch ein derartiges einseitiges Verhältniß nach dem Willen der Parteien ähnlichen Grundsätzen wie das Kontokurrent unterworfen wird. Das wechselseitige Kreditiren braucht ferner nur ein rein buchmäßiges zu sein. Wenn demnach die Abtragungen in der Form selbständiger Kreditposten gegen den anderen Theil gebucht und verzinst werden sollen, liegt ein Kontokurrent vor (Cosack S. 354). Daß die aus der Geschäftsverbindung erwachsenden Ansprüche verzinslich sind, ist an sich nicht wesentlich (R.G.E. XXII S. 151 „fast ausnahmslos"). Auch unverzinsliche Forderungen könnten an sich Gegenstand des Kontokurrents bilden (Greber S. 12, 17, Kemmer S. 72). So war auch der Standpunkt von Entw. I. **Entw. II und damit das Gesetz hat aber Verzinslichkeit zum Begriffserforderniß erhoben** (Denkschr. II S. 3235; a. A. Düringer-Hachenburg II S. 362).

Digitized by Google

f) Die aus der Geschäftsverbindung erwachsenden beiderseitigen **Ansprüche** und Nr. 8.
Leistungen **müssen nebst ihren Accessorien in Rechnung gestellt werden.** Regelmäßig wird dies durch Buchung nach einer bestimmten Rechnungsmethode geschehen (Staffelrechnung, Kolonnenrechnung — vgl. hierzu Kemmer S. 122 ff., Greber S. 144 ff., Grünhut in Endemanns Hdb. III S. 938, Cantor, Politische Arithmetik 1898 S. 8 ff.), sei es, daß beide Theile buchen, so beim Kontokurrent unter Vollkaufleuten, sei es, daß nur der eine Theil (der Bankier) bucht, während der Korrespondent sich auf eine Kontrolle beschränkt. Wesentlich ist die Buchung nach einer bestimmten Methode aber nicht, ja, wenn überhaupt keine Buchung erfolgt (was freilich höchst selten vorkommen wird), kann Kontokurrent vorliegen.

g) **Die** in Rechnung gestellten **Posten** müssen in regelmäßigen Zeitabschnitten Nr. 9.
(Rechnungsperioden) **verrechnet und durch Feststellung des für den einen oder anderen Theil sich ergebenden Ueberschusses „ausgeglichen" werden.** Kein Kontokurrent, sondern bloßes offenes Konto liegt vor, wo die Berichtigung der einzelnen gebuchten Forderungen sofort oder bei sich darbietender erster Gelegenheit erfolgen soll, ferner, wo rein aus Zufall oder vorübergehender Laune oder in Folge schlechter Finanzlage die Berichtigung der Posten eine gewisse Zeit hindurch versäumt ist; vielmehr bedarf das Kontokurrent einer Vereinbarung der Parteien, daß die Rechnung eine bestimmte Zeit, die Rechnungsperiode hindurch, laufen und erst im Wege der Abrechnung und Ermittelung des Ueberschusses für den einen Theil ausgeglichen werden soll, eines sogenannten **Kontokurrentvertrages** (Greber S. 1, 2, Bolze II Nr. 877, 878, VI Nr. 452).

h) Der Kontokurrentvertrag giebt nicht bloß einem Theil die Freiheit zur Nr. 10.
periodischen Verrechnung, sondern die Parteien verpflichten sich durch ihn gegenseitig dahin, daß die auf Grund desselben gemachten Leistungen innerhalb der Kontokurrentperiode ein ungetrenntes Ganze bilden, dessen Schlußresultat erst durch eine Verrechnung der Kredit- und Debetseite und Feststellung des Ueberschusses für den einen Theil ermittelt werden soll (R.G.E. XVIII Nr. 50). Der Kontokurrentvertrag erzeugt also eine gegenseitige Bindung. Die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche soll durch periodische Feststellung eines einheitlichen Forderungspostens ersetzt werden (Denkschr. I S. 197), der aus dem Saldo resultirt. Daraus ergiebt sich, wie das R.G. sich treffend ausdrückt, die weitere Folge, daß „die während der Dauer einer einzelnen Rechnungsperiode von der einen oder der anderen Seite auf Grund des Kontokurrentvertrages gemachten Leistungen eine selbständige juristische Bedeutung nicht haben können; sie sind weder Zahlungen auf die von der Gegenseite gemachten Leistungen noch auch geeignet, ein selbständig geltend zu machendes Forderungsrecht zu begründen, wie dies der Fall wäre, wenn man sie ohne Rücksicht auf den Kontokurrentvertrag zu beurtheilen hätte. Innerhalb des Kontokurrentvertrages haben die einzelnen Leistungen lediglich die Bedeutung arithmetischer Faktoren für das in dem Saldo sich darstellende Schlußergebniß" (R.G.E. XVIII Nr. 50, vgl. R.O.H.G. II Nr. 32, 52, 100, III Nr. 1, 30, V Nr. 11, 74, VII Nr. 100, IX Nr. 76, XII Nr. 21, XIV Nr. 30, XX Nr. 79, XXII Nr. 79, R.G.E. I S. 19, X S. 53, XXII S. 149).

2. **Rechtliche Natur des Kontokurrentvertrages.** Der Kontokurrentvertrag ist Nr. 11.
ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des B.G.B.; aber er ist nicht ein gegenseitiger Darlehnsvertrag, denn in die laufende Rechnung werden alle möglichen Forderungen, z. B. aus Kauf, Miethe, Societät eingestellt — und durch die Einstellung in die Rechnung verlieren sie nicht ihre besondere Eigenschaft, werden sie nicht in Darlehnsforderungen umgewandelt; der berechnete Zins ist Zins aus der betreffenden Forderung oder eine Form der Provision, also nicht nothwendig Darlehnszins. — Ebensowenig beruht der Kontokurrentvertrag auf einem gegenseitigen Auftrag, die Parteien ertheilen sich durch ihn keinerlei Auftrag zur Vornahme von Rechtsgeschäften (vgl. R.O.H.G. XV S. 273), doch kann ein Auftrag oder Dienstvertrag damit verbunden sein. Auch als gegenseitiger Krediteröffnungsvertrag (Grünhut, Levy) oder als Gemisch von Krediteröffnungsvertrag und Depositengeschäft (Brinckmann, Endemann) läßt sich der Kontokurrentvertrag nicht wohl charakterisiren, will man dem Worte nicht Gewalt anthun, keiner der beiden Theile verpflichtet sich durch den Kontokurrentvertrag dem anderen gegenüber, ihm Kredit bis zu einem bestimmten oder unbestimmten Betrage zu gewähren (demgemäß kann die Deckung eines Kontokurrentpostens möglicherweise zur Anfechtung seitens der Konkursgläubiger führen, wenn sie in der kritischen Periode erfolgt (Greber S. 139), und keiner hat Anspruch darauf, daß der andere von seinem Kredit Gebrauch macht. Vielmehr bleiben an sich beide Theile durchaus frei in der Ab-

Digitized by Google

schließung von Geschäften und der Kreditirung. Auch ist das Vorhandensein eines Depositengeschäftes keinesfalls unbedingtes Erforderniß des Kontokurrentgeschäftes (R.O.H.G. VI Nr. 58, 60), wohl aber kann ein einseitiger Krediteröffnungsvertrag dem Kontokurrent zur Seite gehen, so insbesondere beim Bankkredit in laufender Rechnung. — Vielmehr will das Kontokurrent nur die Wirkungen etwa abgeschlossener Geschäfte eigenthümlich gestalten. Soweit Geschäfte in seinen Bereich fallen, sollen die einzelnen, daraus resultirenden Forderungen nicht vor bestimmter Zeit geltend gemacht werden — insofern läßt sich sagen, daß den Kern des Kontokurrentvertrages Stundungsverträge (Greber S. 39, Kemmer S. 54), den Zweck eine Gesammtaufrechnung bildet. —

Behufs Gesammtaufrechnung werden die einzelnen Ansprüche gegenseitig gestundet, werden sie zu unselbständigen Posten der gesammten laufenden Rechnung gemacht. Insofern als in solcher Stundung eine Kreditirung liegt, läßt sich der Kontokurrentvertrag freilich als gegenseitiger Kreditvertrag bezeichnen, aber seinem Endzweck nach ist er ein Zahlungsgeschäft (R.O.H.G. III Nr. 31, VI Nr. 60).

Nr. 12. 3. **Form der Eingehung.** Der Kontokurrentvertrag bedarf keiner bestimmten Form, er wird im Leben häufig auch nicht durch ausdrückliche Vereinbarung, sondern durch die in dem gegenseitigen geschäftlichen Verhalten sich manifestirende Handlungsweise geschlossen (R.O.H.G. III S. 142, XI S. 142). Dabei wird für die Willensauslegung bei einer Geschäftsverbindung unter Vollkaufleuten gemäß den Handelsgebräuchen nach § 346 auf die Anwendung bestimmter Rechnungsmethoden fast stets entscheidendes Gewicht zu legen sein, da bei zur Buchführung verpflichteten Vollkaufleuten Vertrautheit mit der Bedeutung solcher Rechnungsmethoden vorauszusetzen ist. Weniger sicher ist das Kriterium im Verkehr mit Minderkaufleuten oder Nichtkaufleuten. Hier sind weiter heranzuziehen periodische Rechnungsaufstellungen, Austausch der Rechnungsergebnisse, Behandlung der einzelnen Leistungen als verzinsliche Kreditgewährungen, Verzinsung des Saldos (R.O.H.G. III S. 149, 150, X S. 97, 99, XII S. 72, Bolze XIII Nr. 343).

Nr. 13. 4. **Gegenstand des Kontokurrentvertrages.** Der Kontokurrentverkehr ist nicht auf eine bestimmte Art von Geschäften beschränkt, wenngleich gewisse Geschäfte bei ihm vorzugsweise vorkommen, insbesondere das Darlehn und irreguläre Depositum. Vielmehr können an sich die mannigfachsten Verbindlichkeiten (abstrakte und kausale, Verbindlichkeiten aus Verträgen oder anderen Rechtsgründen) in der laufenden Rechnung zur Buchung gelangen. Es hängt von der Art der Geschäftsverbindung zwischen den Parteien einerseits, von deren freier Willensbestimmung andererseits ab, welche Geschäfte sie in das Kontokurrent ziehen wollen. Nur müssen die Verbindlichkeiten, die eingestellt werden, stets auf Leistung von Geld gerichtet sein, denn der Zweck des Vertrages, die Erzielung einer Gesammtabrechnung, erfordert Gleichartigkeit des Gegenstandes, als welches hier nur Geld in Frage kommen kann (Greber S. 55, 56, Cosack S. 353, 354, R.G.E. II S. 263). Nicht ausgeschlossen ist freilich eine daneben hergehende Vereinbarung, daß der Aktivsaldo nachträglich in Waaren berichtigt werde (R.O.H.G. XVII S. 218).

Nr. 14. Auch muß es sich um solche Verbindlichkeiten handeln, die dem einen Theile gegenüber dem anderen aus ihrer Geschäftsverbindung erwachsen sind; die einem Theile gegenüber Dritten obliegenden Verbindlichkeiten darf der andere Theil auch dann nicht einseitig in das Kontokurrent aufnehmen, wenn er sich von dem Dritten den Anspruch abtreten oder die Wechselforderung indossiren ließ,[1]) denn hier handelt es sich nicht um einen aus der Geschäftsverbindung erwachsenen Anspruch. Weiter bezieht sich naturgemäß der Kontokurrentvertrag im Zweifel nur auf die aus der zukünftigen Geschäftsverbindung entstehenden Ansprüche, doch kann die Absicht der Parteien dahin gehen, bereits erwachsene Ansprüche aufzunehmen (hierfür stellt das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts Jena in Busch XXXIV S. 316 unter Handelsleuten sogar eine Präsumtion auf). Endlich gehören nicht in das Kontokurrent Geldverbindlichkeiten, deren Aufnahme augenscheinlich dem Zweck des Kontokurrents, eine Verrechnung herbeizuführen, widersprechen würde, wie die vor dem kontokurrentmäßigen Abrechnungstermin

[1]) Doch kommt bei Wechselforderungen im Kontokurrent zwischen Geschäftsfreunden häufig ein Anderes durch stillschweigende Vereinbarung vor. Der eine Kontokurrentist löst Wechsel, die der Andere acceptirt hat, ein, belastet diesen mit dem Betrag und schickt ihm den Wechsel zurück. Die Einlösung geschieht im Wege der Diskontirung oder indem er als Ehrenzahler auftritt. Vgl. Berlé S. 88, 89.

Digitized by Google

zu erledigenden (nicht bloß fälligen) Geschäfte, z. B. kurzfristige Darlehen oder umgekehrt Verträge, durch die der eine Theil sich verpflichtet, dem anderen baares Geld in die Hand zu liefern (pacta de mutuo dando). Im Uebrigen kommt es ganz auf die Beredung der Parteien an. Läßt sich aus dieser nichts Sicheres entnehmen, so werden etwaige Usancen zumal im Kontokurrent unter Vollkaufleuten in Betracht zu ziehen sein — und in Ermangelung solcher wird man diejenigen Geschäftsverbindlichkeiten, die eine derartige Geschäftsverbindung gewöhnlich mit sich bringt, als in das Kontokurrent aufzunehmende betrachten dürfen, während ungewöhnliche oder ihnen ganz fremde, z. B. hohe Schadensersatzforderungen, nicht hinein gehören. Daß Forderungen aus Wechseln und anderen Werthpapieren, z. B. kaufmännischen Verpflichtungsscheinen, sowie durch Pfand, Bürgschaft oder sonst gesicherte Forderungen im Zweifel außerhalb des Kontokurrents stehen, wie vielfach behauptet wird (vgl. R.O.H.G. III S. 143, V S. 337, 338, XXII S. 336, Cosack S. 354, Gareis, Lehrb. S. 738, Denkschr. I S. 197, 198), läßt sich nicht aufrechterhalten (vgl. Thoel S. 1052 und vor allem Rießer bei Levy-Rießer, Kontokorrentvertrag S. 114 ff.). Der diesbezügliche Satz des Entwurfs I ist in Entwurf II nicht übergegangen. Vielmehr kann, wie Denkschrift II mit Recht hervorhebt, die Art der Geschäftsverbindung gerade die entgegengesetzte Annahme rechtfertigen; so sind beim Kommissionär ja alle Forderungen aus laufender Rechnung durch ein Pfandrecht am Kommissionsgut gedeckt (§ 397). Soweit Wechselforderungen in das Kontokurrent gehören,[1]) unterliegen sie den Grundsätzen des Kontokurrents hinsichtlich der Geltendmachung der Forderung. Die durch Ausschluß der Wechselklage scheinbar eintretende Unbilligkeit ist in Wahrheit nicht stärker, als sonst beim Kontokurrent. Weiterindossirung des Wechsels kann freilich gegen den Sinn des Kontokurrentvertrages sein, doch wäre sie (vom Fall des Rektawechsels abgesehen) trotzdem nicht ungültig. Die von Cosack S. 354 befürchteten üblen Folgen treten in Wahrheit nicht ein. Vgl. übrigens unten Nr. 20.

Keineswegs sind endlich die Parteien an den ursprünglichen Umfang des Kontokurrentverkehrs gebunden. Sie können ihn jederzeit erweitern und einengen. Insbesondere können sie Forderungen, die an sich hineingehören, selbständig machen (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. V S. 247). So würde, wenn der Remittent den Wechsel mit der ausdrücklichen Erklärung übergiebt, er müsse dafür baares Geld erhalten, die Ausscheidung des Wechsels aus dem Kontokurrent anzunehmen sein (Bolze XXIII Nr. 370). Die Parteien können auch mehrere getrennte Kontokurrente mit einander vereinbaren.

5. **Dauer des Kontokurrentvertrages.** Der Kontokurrentvertrag wird für eine gewisse Zeit, einen „Zeitabschnitt" geschlossen, nach dessen Verlauf die Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Theil sich ergebenden Ueberschusses erfolgt. Dieser Zeitabschnitt, die Rechnungsperiode, Kontokurrentperiode, ist für beide Theile der gleiche. Bezüglich der Länge der Rechnungsperiode entscheidet in erster Linie Vereinbarung der Parteien, die ausdrücklich oder stillschweigend, unter Bezugnahme auf Usancen (zumal im Bankverkehr besteht halbjährige Rechnungsperiode) erfolgen kann. In Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmung ist nach Abs. 2 des § 355 einjährige Dauer anzunehmen, wobei das Jahr zu der Zeit abläuft, die der Anfangszeit entspricht, also nicht nothwendig am Schlusse des laufenden Kalenderjahres (Greber S. 90). Mit Ablauf der Rechnungsperiode nimmt der einzelne Kontokurrentvertrag sein Ende, doch kann der Kontokurrentverkehr für die gleiche oder eine andere Rechnungsperiode fortgesetzt werden. Solche Fortsetzung liegt in dem Vortrag des Saldos auf neue Rechnung, damit wird ein neues Kontokurrent eröffnet (R.G.E. X S. 54, 55). Ueber sonstige Endigungsgründe des Kontokurrentvertrages unten Nr. 34. Nr. 15.

6. **Wirkungen des Kontokurrentvertrages.** Als Inhalt des Kontokurrentvertrages sind Stundungen zum Zwecke der Gesammtaufrechnung hingestellt worden. Die dem Kontokurrent angehörenden beiderseitigen Ansprüche sollen Nr. 16.

[1]) Dies kann einmal der Fall sein, wenn der eine Kontokurrentist dem Anderen einen Wechsel indossirt und damit die Wechselregreßverbindlichkeit ihm gegenüber übernimmt, hier würde die Wechselregreßklage bei Nichteingang in Betracht kommen. Es könnte aber auch der eine Kontokurrentist Acceptant, der Andere Aussteller oder Remittent sein (vgl. z. B. R.O.H.G. V 338). Im letzteren Falle wird man den Wechsel dann meist als außerhalb des Kontokurrents stehend betrachten dürfen, wenn er vor Ablauf der Kontokurrentperiode fällig ist.

Digitized by Google

nicht selbständig geltend gemacht werden, sondern in untrennbare Verbindung derart miteinander treten, daß der aus der Verrechnung am Schlusse der Rechnungsperiode sich ergebende Ueberschuß allein als die selbständige Forderung desjenigen Theiles sich darstellt, auf den er lautet (R.O.H.G. VI Nr. 60, III Nr. 31, R.G.E. XVIII S. 248). Hinsichtlich der Wirkungen sind zwei Stadien zu scheiden (Kemmer S. 33): das Stadium von der Einstellung eines Postens in das Kontokurrent bis zum Ablauf der Rechnungsperiode — und das Stadium von der Saldoziehung bis zur Beendigung des Kontokurrentvertrages.

Nr. 17. I. **Wirkungen der Einstellung in das Kontokurrent:**

a) Die Einstellung eines Geldpostens in das Kontokurrent bewirkt keine Novation desselben (R.G.E. III S. 18, XXV S. 15), vielmehr bleibt jeder Anspruch seinem rechtlichen Grunde nach der alte (R.O.H.G. IX S. 217, R.G.E. XXXII S. 90), nur die Geltendmachung und selbständige Verwerthung des Geldpostens erscheint wegen der dem anderen Theil behufs Gesammtaufrechnung gewährten Stundung ausgeschlossen. Demnach bewahren die einzelnen Forderungen nicht bloß ihren rechtlichen Charakter, sondern auch ihre Accessorien (Pfand, Bürgschaft vgl. § 356) und ihre Mängel, insbesondere Einreden, unterliegen sie, wenn der Gegner in Konkurs geräth, den besonderen Vorschriften der K.K.O., bewahren sie in prozessualer Beziehung ihr besonderes Forum u. s. w. Wohl aber werden die eingestellten Posten insofern von der konsumirenden Kraft des Kontokurrents ergriffen, als die selbständige Geltendmachung eines Postens behufs Zahlung gegenüber dem anderen Theile ausgeschlossen, eine Klage auf Zahlung (nicht auf Feststellung oder Aufnahme in das Kontokurrent) abzuweisen (R.O.H.G. X S. 101, R.G.E. XLIV S. 388[1]) ist. Auch ein Verzug des Schuldners ist nicht möglich (B.G.B. § 284), es treten somit die Verzugsfolgen nicht ein. Wie steht es mit der Verjährung der einzelnen Posten? Die herrschende Auffassung nahm für das ältere Recht an, daß die Verjährung gehemmt sei oder gar daß sie durch Aufnahme der Forderung in das Kontokurrent unterbrochen werde. Für das neue Recht wird Hemmung der Verjährung dann jedenfalls anzunehmen sein, wenn freie Kündbarkeit des Kontokurrents ausgeschlossen ist (B.G.B. § 202 Abs. 1). Wie aber bei freier Kündbarkeit? Hier will Cosack aus B.G.B. § 199 die Verjährung laufen lassen, allein § 199 des B.G.B. trifft nicht diesen Fall, die Kündigung betrifft hier das Kontokurrent, nicht die einzelne Leistung (vgl. auch Staub § 355 Anm. 16). Vielmehr wird nach B.G.B. § 202 bis zur erfolgten Beendigung des Kontokurrents Hemmung anzunehmen sein. Praktische Bedeutung hat die Frage kaum, da, wenn der Saldo anerkannt ist, die dreißigjährige Verjährung der Saldoforderung eintritt. — Selbstverständlich handelt es sich nur um die Verjährung des Anspruches auf Zahlung, nicht die Verjährung des Anspruches auf Minderung, Rückgewähr u. dgl. Diese haben mit dem Kontokurrent nichts zu thun (Greber S. 81). — Uebrigens kann durch Aufnahme der Forderung in das Kontokurrent in allen Fällen eine Unterbrechung der Verjährung nach B.G.B. § 208 eintreten, insbesondere bei der sogenannten Staffelrechnung (Grünhut in Endemanns Hdb. III S. 955).

Nr. 18. Die einzelne Forderung darf nicht einseitig aus dem Kontokurrentnexus herausgerissen und einem Anderen abgetreten werden, denn ihr stehen möglicherweise andere Forderungen in gleichem Betrage gegenüber, die bei Beendigung des Kontokurrents sie ausgleichen würden (R.O.H.G. II S. 138, III S. 148, V S. 42, X S. 101); sie darf auch nicht gepfändet werden, dies setzt § 357 als Rechtens im Anschlusse an R.G.E. XXII S. 149 voraus. Aus R.C.P.O. § 851 würde es noch nicht folgen, vgl. dessen Abs. 2. Die Abtretung oder Indossirung eines eingestellten Postens an einen Dritten ist folglich unstatthaft,[2]) weil die Abtretung durch die im Kontokurrentvertrage liegende Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist (R.O.H.G. X S. 101, B.G.B. § 399). Wieweit die Abtretung, beziehungsweise Indossirung dem Cessionar bez. Indossatar zu Gute kommt, entscheidet sich nach den Grundsätzen des materiellen Rechts, insbesondere würde bei einfachen Schuldurkunden B.G.B. § 405, bei Skripturobligationen W.O. Art. 82, H.G.B. § 364 in

[1]) In dieser Entscheidung nimmt das R.G. an, daß der Gerichtsstand der C.P.O. § 23 nur dann gegeben sei, wenn bei der Saldoziehung zur Zeit der Klageerhebung sich eine Forderung für die Beklagte ergeben hätte (nicht unbedenklich).

[2]) Wohl aber statthaft Abtretung der der Höhe nach unbestimmten Ansprüche auf den Saldo.

Digitized by Google

Betracht kommen. Der dadurch dem Schuldner erwachsende Schaden müßte ihm von dem unbefugt Cedirenden beziehungsweise Indossirenden ersetzt werden.

Etwa erfolgende Zahlungen von Seiten eines Theiles haben nicht die Bedeutung, einzelne Forderungen zu tilgen, sondern sie werden immer nur dem Zahlenden gutgeschrieben, sie dienen nicht zur Entlastung des Zahlenden, sondern zur Belastung des anderen Theiles (Creizenach in Z. VII S. 43, R.O.H.G. II S. 137—139, VI S. 257, R.G.E. I S. 20, X S. 53).[1]) Die Grundsätze des B.G.B. über die Anrechnung einer Leistung auf mehrere Schulden (§§ 366, 367) sind hier somit von vornherein unanwendbar. Ebenso ist Aufrechnung der einzelnen Forderungen des Kontokurrents mit Gegenforderungen im Kontokurrent in diesem ersten Stadium ausgeschlossen, denn erst die Verrechnung und Ausgleichung am Schlusse der Rechnungsperiode soll die Gesammtaufrechnung herbeiführen, die Grundsätze des B.G.B. über die Aufrechnung (§§ 387—396) müssen hier somit ebenfalls außer Anwendung bleiben, insbesondere B.G.B. §§ 396, 366. Noch weniger zulässig wäre Aufrechnung einer Kontokurrentforderung mit einer außerhalb des Kontokurrents stehenden Gegenforderung. — Nr. 19.

All' das Gesagte betrifft aber nur die dem Kontokurrent angehörenden Geldposten als solche. Die konsumirende Kraft des Kontokurrents ergreift keineswegs die Verträge, aus denen diese Geldposten hervorgehen, in ihrer Gesammtheit. Beruht z. B. der Geldanspruch auf einem Kaufvertrage, so kann zwar der Verkäufer die Summe vom Käufer nicht einklagen und läuft die Verjährung der Forderung auf den Kaufpreis nicht, wohl aber kann der Käufer auf Herausgabe der verkauften Sache klagen, die Wandelungsklage anstrengen, auch die Minderungsklage im Sinne einer entsprechenden Berichtigung des Kontos, etwaige Verjährungsfristen mit Bezug auf die letzteren Ansprüche (B.G.B. §§ 477, 490) laufen unberührt vom Kontokurrent u. s. w. Aehnlich bei Miethsverträgen. Hier könnte der Vermiether zwar nicht mit der Exmissionsklage wegen Nichtzahlung des Miethszinses vorgehen (Busch XXXIV S. 275), wohl aber nach beendetem Miethsverhältniß mit der Klage auf Räumung. — Auch wird derjenige Kontokurrentist, dem der betreffende Geldanspruch zusteht, keineswegs von der Beobachtung der für die Erhaltung des Anspruches gegenüber dem Anderen oder Dritten nothwendigen Förmlichkeiten befreit. Handelt es sich z. B. um einen auf den Kontokurrentgegner gezogenen und von diesem acceptirten Domizilwechsel mit Domiziliaten, so muß bei letzterem rechtzeitig Protest erhoben werden, sonst würde der wechselmäßige Anspruch gegen den anderen Kontokurrenttheil nach W.O. Art. 43 verloren gehen. In sonstigen Fällen eines auf den Kontokurrentgegner gezogenen und von ihm acceptirten Wechsels bedarf es zur Erhaltung der Wechselforderung gegen ihn freilich nicht der Präsentation und des Protestes (W.O. Art. 44), wohl aber muß der Kontokurrentist zur Erhaltung seines Wechselregresses gegen die Vormänner beim acceptirenden Kontokurrentisten präsentiren und protestiren lassen. Der hierin scheinbar liegende innere Widerspruch ist in Wahrheit nicht vorhanden, denn die konsumirende Kraft des Kontokurrents ist ein nur für die beiden Kontokurrentparteien bestehender außerwechselmäßiger Umstand, der nicht anders wie sonstige Thatsachen, z. B. mangelnde Valuta, mangelnde Deckung, Bestehen einer Gegenforderung, zwar den Wechselschuldner von der Zahlung befreien und insofern die Klage auf Zahlung gegen ihn wirkungslos machen kann, durch den aber der zur Erhaltung des Wechselregresses nothwendige Protest nicht überflüssig gemacht wird. — Ist im Kontokurrent ein Wechsel indossirt,[2]) so daß der eine Kontokurrentist Indossant des anderen ist, also dessen Wechselregreß unterliegt, so würde sich die Wirkung des Kontokurrents darin äußern, daß die Wechselregreßklage gegen ihn Nr. 20.

[1]) Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß der andere Theil die Zinsen in bisheriger Höhe fortberechnen darf. Berechnet z. B. der Bankier dem Korrespondenten 6%, während er an den Korrespondenten nur 4% zahlt, so würde, falls der Korrespondent eine Einzahlung macht, die den bisherigen Passivbetrag erreicht, der Bankier wucherisch Zinsen fortbeziehen. Das geht nicht an. Bei der sogenannten Staffelrechnung wird dies vermieden, bei der Kolumnenrechnung liegt die Gefahr der Ausbeutung vor. Vgl. Greber S. 156.

[2]) Wann der Wechsel „im Kontokurrent" indossirt ist, d. h. wann die Wechselregreßforderung Kontokurrentforderung werden soll, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen. Die bloße Gutschreibung des Wechselgebers im Kontokurrent mit dem Betrage des Wechsels ist nicht ein sicheres Zeichen hierfür, sie bedeutet nur, daß der Betrag der Gutschreibungssumme in das Kontokurrent gezogen ist, also nicht gleich

Digitized by Google

von dem Indossatar nicht erhoben werden kann (R.O.H.G. II S. 137, 221), und zwar gilt dies gleichmäßig für den Regreß mangels Zahlung wie für den Regreß auf Sicherstellung. Denn in dem Kontokurrent liegt selbst schon die genügende Sicherheit (so auch Greber S. 86, 87). Freilich ist die Judikatur der R.O.H.G. mit Bezug auf die Zugehörigkeit von Wechseln zum Kontokurrent schwankend (vgl. R.O.H.G. II S. 137 ff., 221 ff., III S. 142 ff., V S. 337 f., XXII S. 336, 337, O.L.G. Karlsruhe in Z. XL S. 490). Hatte der Empfänger des Wechsels dem Wechselgeber die Valuta im Kontokurrent gutgeschrieben, so kann er (braucht es aber nicht) bei Nichteingang des Wechsels zur Verfallzeit, ja sogar schon bei eintretender Vermögensunsicherheit des Acceptanten den entsprechenden Betrag wieder zur Last schreiben (Stornirung), also auch dann, wenn es an dem Vorbehalt „salvo incasso" fehlt; denn die Rimesse ist im Zweifel nur zahlungshalber gemacht (R.O.H.G. IX S. 245, III S. 142, V S. 232, VI S. 250, Bolze I Nr. 915, O.L.G. Stuttgart in Z. XL 489. Vgl. auch B.G.B. § 364). Dies ist von Wichtigkeit für den Fall des Konkurses des Wechselgebers. Der Empfänger braucht dann nicht seinen etwaigen Passivsaldo an die Konkursmasse einzuzahlen, um mit den anderen Konkursgläubigern hinsichtlich der Forderung für die nicht eingelöste Summe zu konkurriren, sondern kann seinen Passivsaldo auf diese Weise neutralisiren (Grünhut in Endemanns Hdb. III S. 957, Kemmer S. 111, Greber S. 140 ff.). Das Entsprechende gilt, wenn der Empfänger der Rimesse sie weiter begeben hat und nachträglich im Regreßwege belangt wird (die bloße Möglichkeit des Regresses genügt nicht Bolze VI Nr. 1299); hier kann er sogar die bezahlte Regreßsumme dem anderen Theil zu Lasten buchen (auch im Falle des Konkurses des anderen Theiles? hier wird er storniren können nur hinsichtlich des ursprünglich gutgeschriebenen Betrages, im Uebrigen als Konkursgläubiger auftreten müssen. Vgl. Greber S. 143). — Wieweit er nach erfolgter Stornirung zur Rückgabe des Wechsels verpflichtet ist, hängt von dem Sinn des Wechselbegebungsvertrages ab (R.G.E. XXVII Nr. 32, anders O.L.G. Köln in Z. XLIII, 350 und Grünhut, Wechselr. § 132). — Bucht der im Wege des Regresses in Anspruch genommene Indossant mit Einwilligung des anderen, regreßberechtigten Theiles den Wechselbetrag zu dessen Gunsten, so hat er damit den Wechsel im Sinne der W.O. eingelöst, er darf Herausgabe des Wechsels verlangen und gegen seinen Vormann Rembours-regreß nehmen. Die Frist des Art. 79 Abs. 2 W.O. würde gegen ihn von der Buchung an laufen (Greber S. 84).

Nr. 21. b) Aus der Charakterisirung des Kontokurrentvertrages als Stundungsvertrages ist nicht zu folgern, daß von den in das Kontokurrent eingestellten Posten keine Zinsen laufen; die Stundung betrifft nur die Geltendmachung der Forderung. Deshalb laufen nur solche Zinsen nicht, welche als Folge des Verzugs des Schuldners ein treten. Dagegen laufen gesetzliche oder vereinbarte Zinsen auch hier. Insbesondere greift § 353 und § 354 Abs. 2 des H.G.B. auch für die in das Kontokurrent eingestellten Posten des kaufmännischen Theiles Platz. Für den nichtkaufmännischen Theil entscheidet Vereinbarung, ob und welche Zinsen er verlangen kann. Regelmäßig werden für den nichtkaufmännischen Theil niedrigere Zinsen, als für den kaufmännischen berechnet. Ebenso wird das Recht des Kaufmanns, für besorgte Dienstleistungen Provision zu verlangen (§ 354 Abs. 1), durch das Kontokurrent nicht berührt. Zu solchen Diensten gehört aber noch nicht die bloße Entgegennahme von Geldern oder das Saldoziehen. Vgl. bei § 354 Nr. 9.

II. Saldoziehung.

Nr. 22. a) **Begriff.** Die Saldoziehung (Aufmachung der Bilanz) ist in der Ausdrucksweise des Gesetzes die Verrechnung der aus der Kontokurrentverbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Accessorien und die Feststellung des für den einen oder anderen Theil sich ergebenden Ueberschusses. Die Saldoziehung, die mangels besonderer ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung am Schluß der gesetzlichen oder üblichen Kontokurrentperiode, ausnahmsweise schon vorher eintritt (bei Kündigung nach § 355 Abs. 3), ist ein von beiden Kontokurrentisten gemeinsam

---

eingetrieben werden darf, während die Frage, ob die Wechselregreßforderung Kontokurrentforderung sein soll, offen bleibt. Insofern richtig Berlé S. 83, der aber zuweit geht, wenn er den Wechselnehmer niemals zur Aufnahme der Wechselforderung in das Kontokurrent für verpflichtet hält, S. 90), und nur wenige Ausnahmen gelten läßt.

Digitized by Google

vorgenommener Akt im Gegensatz zu rechtlich belanglosen einseitigen „Berechnungen", die ein Theil für sich aufstellt.[1])

b) **Form.** Die Saldoziehung geschieht regelmäßig in der Weise, daß der eine Nr. 23.
von beiden Theilen, zumal bei halb kaufmännischem Kontokurrent der Kaufmann, die Posten zusammenstellt, das Ergebniß zieht und den betreffenden Buchauszug (Kontokurrent, Rechnungsauszug, Saldo) dem anderen Theil zuschickt, welcher darauf sich äußert, ob er den Saldo anerkenne oder nicht.

c) **Verpflichtung zur Saldoziehung.** Eine Verpflichtung, die Initiative durch Nr. 24.
solche einseitige Zusammenstellung zu ergreifen, begründet der Kontokurrentvertrag mangels entgegengesetzter Vereinbarung für keinen der beiden Theile, insbesondere läßt sich bei dem halb kaufmännischen Kontokurrent nicht dem kaufmännischen Theil die Verpflichtung aufbürden. Jeder hat vielmehr seinerseits die Pflicht, für sich selbständig zu rechnen. Soweit indessen auf Grund besonderer Verhältnisse eine Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung besteht, kann auch beim Kontokurrent dem einen Theile die Last obliegen, seinerseits damit voranzugehen, den Buchauszug also dem Anderen zuzustellen. Abgesehen von dem Falle der Vermögensverwaltung nach B.G.B. § 259 käme ein zur Rechnungslegung verpflichtendes Rechtsverhältniß (B.G.B. §§ 666, 675), dann Art. 4 der Novelle zum Reichswuchergesetz vom 19. Juni 1893 in Frage. Nach letzterem ist verpflichtet, „wer aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, die Rechnung des Geschäftsjahres für jeden, welcher ein Geschäft der bezeichneten Art mit ihm abgeschlossen hat und daraus sein Schuldner geworden ist, abzuschließen und dem Schuldner binnen drei Monaten nach Schluß des Jahres einen schriftlichen Auszug dieser Rechnung mitzutheilen", eine Verpflichtung, die aber auf den Geschäftsverkehr zwischen eingetragenen Kaufleuten keine Anwendung findet, ferner nicht auf öffentliche Banken, Hypothekenbanken auf Aktien und ähnliche Institute.

d) **Bedeutung der Zusendung des Buchauszuges.** Die rechtliche Bedeutung Nr. 25.
der Zusendung des Buchauszuges ist für den Saldoziehenden die, daß er damit anerkennt, zu schulden die in dem zugeschickten Buchauszug auf seiner Seite aufgeführten Debetposten dem anderen Theile — und weitere als die in dem Buchauszug auf seiner Seite aufgeführten Kreditposten von dem anderen Theile nicht zu fordern zu haben. Insoweit enthält die Zusendung des Buchauszuges ein verpflichtendes Anerkenntniß des Zusendenden, welches freilich, um rechtswirksam zu werden, der Annahme seitens des anderen Theiles bedarf (B.G.B. §§ 781, 782). Dieses Anerkenntniß verliert an Kraft nicht dadurch, daß nachweislich der Zusendende seine Bücher unordentlich geführt hat (R.O.H.G. XI Nr. 48). Darüber hinausgehend enthält die Zusendung die Behauptung, daß der Zusendende nicht mehr, als den Passivsaldo schulde, beziehungsweise daß der andere Theil auch seinerseits die darin aufgeführten Posten schulde (R.O.H.G. X S. 358), möglicherweise ferner nach der Sachlage die Offerte zur Fortsetzung des Kontokurrentverhältnisses oder eine Mahnung zur Zahlung des Passivkontos. Der andere Theil, dem der Buchauszug zugeht, ist in der vortheilhaften Lage, das Anerkenntniß zu acceptiren und die ihn betreffende Behauptung zu bestreiten. Letzterenfalls wäre der den Buchauszug Zusendende an sein Anerkenntniß gebunden und müßte im Rechtswege die Richtigkeit seiner weiteren Behauptungen erhärten.

e) **Verpflichtung zur Anerkennung des Saldos.** Unter allen Umständen Nr. 26.
ist der den Buchauszug empfangende Theil gehalten, sich, falls er den Buchauszug nicht anerkennen will, binnen angemessener Zeit zu erklären. Das gilt auch für den Fall des halb kaufmännischen Kontokurrents, solch' Verhalten gebietet die Verkehrssitte. Schweigt er über die angemessene Zeit hinaus, so wird darin regelmäßig ein stillschweigendes Anerkenntniß des Saldos zu erblicken sein (R.O.H.G. III S. 424, Busch XXI 314 ff., nicht so weit gehend Bolze II Nr. 666). Was angemessene Zeit ist, läßt sich nur unter Berücksichtigung aller Verhältnisse feststellen. Zur sofortigen Erklärung wird der Empfangende im Zweifel nicht verpflichtet sein, auch nicht, wenn er selbst Vollkaufmann ist (R.O.H.G. III S. 423, 426), auch nicht, wenn auf dem Buchauszug sofortige Reklamation vorgeschrieben ist, denn derartige einseitige Vorschriften binden ihn nicht. Jedoch kann die sofortige Erklärung nach dem bisherigen

[1]) Bei der sogen. Staffelrechnung zieht der Bankier jedesmal, wenn ein neuer Posten in das Kontokurrent eintritt, durch chronologische Eintragung von Debet und Kredit die Bilanz. Anders bei der Kolumnenrechnung, wo getrennt in Kredit und Debet die Zahlen unter einander gestellt werden und erst zum Schluß bilanzirt wird.

Digitized by Google

Geschäftsverkehr unter den beiden Parteien hergebracht sein. Im Uebrigen kann je nach der Größe und Komplizirtheit der Geschäftsbeziehungen, der Klarheit oder Unklarheit des Buchauszuges, der eigenen Art der Buchführung eine kürzere oder längere Frist geboten sein. Der Richter hat darüber nach freier Beweiswürdigung zu befinden; bei dem nichtkaufmännischen Theil wird die Frist gewöhnlich länger, als bei dem kaufmännischen zu berechnen sein.

Nr. 27. **Das Anerkenntniß des Saldos ist an keine bestimmte Form gebunden** (B.G.B. §§ 782, 781). Es wird regelmäßig durch Unterschrift einer diesbezüglichen Erklärung und Absendung derselben an den Gegner erfolgen; es kann aber durch konkludentes Verhalten geschehen; als solches wird insbesondere Fortsetzung des Kontokurrentverkehrs, sei es durch Eingehung neuer Geschäfte, sei es durch Verlängerung des Kontokurrentverkehrs nach Kenntnißnahme vom Buchauszuge (R.O.H.G. II S. 117, 118; Bolze XI Nr. 289), vorbehaltlose Entgegennahme und Quittirung des Saldobetrages (R.O.H.G. X S. 358, 359), Abschlagszahlungen (Busch XIX S. 6), Gewährung von Stundung oder Gesuch um Stundung des Saldobetrages (Bolze II Nr. 666) u. s. w. zu gelten haben. Analog ergiebt sich, daß, wenn der den Buchauszug Empfangende zwar Monitur erhoben, aber auf deren Zurückweisung von Seiten des anderen Theiles geschwiegen und die Geschäftsverbindung fortgesetzt hat, die Monituren als aufgegeben zu gelten haben (R.O.H.G. III S. 424, 428—430). Auch wird aus der Monitur einzelner Posten Anerkennung der übrigen zu folgern sein (Busch XL S. 278). Selbstverständlich ist endlich, daß, wenn der letzte Abschnitt des Kontokurrents als richtig anerkannt ist, damit die voraufgehenden Abschlüsse ebenfalls anerkannt sind (R.O.H.G. X S. 56, 358, XIII S. 439, XIV S. 11, XV S. 97, 277).

Nr. 28. f) **Verweigerung der Anerkennung.** Verweigert der den Buchauszug Empfangende das Anerkenntniß des Saldos, so kann er zur Anerkennung im Wege der Klage gezwungen werden. Der Kläger muß sich diesenfalls auf die ganze laufende Rechnung stützen, einzelne Geschäfte kann er nicht herausgreifen (R.O.H.G. XII S. 156), er muß somit alle Debetposten des Gegners einzeln darlegen, soweit sie nicht vom Gegner früher anerkannt sind (R.O.H.G. XX S. 105, Bolze XIV Nr. 351d). Ergiebt sich hinsichtlich einzelner Posten die Unzuständigkeit der betr. Gerichte, so muß dieser Posten separat vor dem zuständigen Richter (beziehungsweise falls schiedsrichterliche Entscheidung vereinbart war, vor dem Schiedsrichter, R.O.H.G. IX Nr. 66) zum Austrag gebracht werden; das Kontokurrent begründet als solches kein besonderes Forum (R.O.H.G. XVII S. 124). Die Klage geht auf Feststellung der Richtigkeit des Saldos, möglicherweise zugleich auf Zahlung des dem Kläger zu Gute kommenden Saldobetrages. Das rechtskräftige, den Saldo feststellende Urtheil ersetzt die Anerkennungserklärung.

Nr. 29. g) **Wirkung der Anerkennung.** Durch Anerkennung des Saldos nimmt der Anerkennende ein Doppeltes vor: einerseits verrechnet er mit dem Gegner die in dem Kontokurrent aufgeführten Posten, d. h. kürzt er den Gesammtbetrag seiner Forderungen um den Betrag der Gegenforderungen, andererseits stellt er mit dem Gegner den Ueberschuß zu Gunsten des einen Theiles fest, d. h. erkennt er, falls der Ueberschuß zu Gunsten des Gegners lautet, als Schuldner das Bestehen eines Schuldverhältnisses in Gemäßheit von §§ 781, 782 B.G.B. an, falls er zu seinen eigenen Gunsten lautet, als Gläubiger das Nichtbestehen weiterer Forderungen an. Die Anerkennung des Saldos enthält somit ein selbständiges abstraktes Schuldversprechen, auf welches allein die Klage aus dem Saldo gestützt wird, ohne daß auf die einzelnen Posten des Kontokurrents zurückgegangen zu werden braucht (R.O.H.G. III S. 4, X S. 56). Der Erfüllungsort dieses Schuldversprechens bestimmt sich nach B.G.B. § 269.

Enthält das Anerkenntniß des Saldos auch eine Novation?

Dies ist früher vielfach bejaht worden. Vgl. insbesondere R.G.E. X S. 54 und die dort citirten. Man leitete es daraus her, daß die Absicht beider Theile darauf gerichtet sei, „daß die beiderseitigen Leistungen auf jeder Seite innerhalb von Rechnungsperioden ein Ganzes bilden, also die einzelnen Rechnungsposten in der Abschlußsumme des Kredit und Debet und zuletzt in dem durch deren Vergleichung zu ermittelnden Saldo aufgehen sollten". Jeder Saldo sei das Ergebniß einer Vergleichung und vertragsmäßigen Kompensation der ganzen Kreditseite mit der ganzen Debetseite; danach und nach den Grundsätzen der Kompensation können aber deren Posten nicht mehr als einzeln fortbestehende gedacht werden; an ihre Stelle ist vielmehr eine einzige, auf für sich bestehendem Fundamente beruhende Forderung getreten, welche sich aus der Vergleichung der untergegangenen Posten

Digitized by Google

ergeben hat (ebenda). Man zog daraus den Schluß, daß durch das Saldoanerkenntniß die für eine konkrete Schuld des Kontokurrents durch Rechtsgeschäft oder Gesetz gewährte Deckung untergehe (vgl. auch R.G.E. XVIII Nr. 50).

Diese Auffassung einer eigenthümlichen Gesammtkompensation von Kredit- und Debetseite führt im Grunde zurück auf die französische Auffassung, daß die Einstellung eines Postens in das Kontokurrent bereits eine Novation bewirke. Denn wenn von vornherein als Absicht beider Theile eine Gesammtkompensation hingestellt wird, bei der nicht Einzelforderung mit Einzelforderung aufgerechnet, sondern das ganze „Kredit" gegen das ganze „Debet" verglichen werden („aufgehen") soll, so heißt das doch, daß mit der Einstellung in das Kontokurrent eben jede Forderung zu einer Partikel der gesammten Kontokurrentforderung (Kredit) wird, der die gesammte Kontokurrentschuld (Debet) gegenübersteht. Von hier aus hätte das Anerkenntniß des Saldos überhaupt keine selbständige Bedeutung, und es würde der saldirende Theil durch den Rechnungshergang der Saldirung den Gesammtkompensationsakt einseitig vollziehen.

Doch ist die französische Auffassung von der deutschen Praxis und Wissenschaft überwiegend reprobirt worden (insbesondere R.G.E. XXV Nr. 3, freilich u. E. im Widerspruch mit R.G.E. XVIII Nr. 50). Die Einstellung in das Kontokurrent läßt danach die Forderung als individualisirte bestehen. Zur Konstruktion des „Aufgehens" der einzelnen Forderung in die abstrakte Saldoforderung bedurfte man also eines neuen rechtsgeschäftlichen Aktes. Der Kontokurrentvertrag erschien nur als pactum de novando. Die Novation aber sollte sich vollziehen durch die Anerkennung des Saldos oder doch durch den mit Einwilligung des anderen Theils erfolgten Vortrag des anerkannten Saldos auf neue Rechnung. Dies der Standpunkt der obigen Reichsgerichtsentscheidung, den noch Staub § 355 Anm. 3—6 mit großer Energie vertritt und den auch Düringer-Hachenburg II S. 367 theilen.

Nicht zu verkennen ist, daß durch die Novationsauffassung ein glattes Resultat erzielt wird. Die Grundsätze des B.G.B. über die Aufrechnung (§§ 396, 366 Abs. 2) reichen für den Kontokurrentvertrag nur dann aus, wenn auf einer Seite nicht mehr als ein Posten steht und dieser eine Posten die Gegenposten im Betrage übertrifft. Es entstehen dagegen Schwierigkeiten, wenn sich, wie regelmäßig, zahlreiche Posten auf beiden Seiten gegenüberstehen. Die Parteien wollen offenbar von einer Reihenfolge der Aufrechnung, wie sie B.G.B. § 366 Abs. 2 vornimmt, absehen, für sie ist das Hauptziel Feststellung des für den einen Theil sich ergebenden Mehrbetrages, während ihnen völlig gleichgültig ist, welche der Posten die übrig bleibenden sind. Freilich ist dies keine Besonderheit des Kontokurrentverhältnisses. Derartige „Verrechnungen", bei denen die gleiche Gleichgültigkeit der Parteien hinsichtlich der Reihenfolge der Aufrechnungen vorliegt, kommen auch bei der sogenannten offenen Rechnung vor, bei der Staub dem Anerkenntniß novirende Kraft abspricht.

Es fragt sich nur, ob die Novationsauffassung unbedingt geboten ist und ob sie nicht Schaden anrichten kann. Da das Anerkenntniß des Saldos ohnehin ein abstraktes Klagefundament schafft, ist die praktische Hauptschwierigkeit, die sich aus der Anwendung der Aufrechnungsgrundsätze des B.G.B. ergäbe, ja beseitigt. Derjenige, zu dessen Gunsten das Anerkenntniß lautet, hat ein weiteres Interesse, auf die einzelnen Forderungen zurückzugehen, im Allgemeinen nicht, er wird sich auf das Anerkenntniß stützen. Daß die Parteien klar und zweifellos noviren wollen, ist andererseits eine kaum zu beweisende Behauptung, zumal wenn man erwägt, daß das Anerkenntniß des Saldos vielfach stillschweigend erfolgt. Stellen sie Forderungen in das Kontokurrent, die durch vertragsmäßiges oder gesetzliches Pfandrecht oder sonstige Deckung gesichert sind, so ist kaum anzunehmen, daß sie damit auf ihre Deckung verzichten wollen, worauf ja aber die Novationsidee führen würde. Die Annahme, daß sie beabsichtigen, die Sicherheiten auf den entsprechenden Betrag der novirten Schuld zu übertragen (R.G.E. XXVIII S. 36), würde auf bloßer Fiktion beruhen. Schlösse man sich ihr aber auch an, so könnte z. B., falls die Sicherheit in einer Bürgschaft bestände, solche Uebertragung nicht die Rechtsstellung des Bürgen beeinflussen.

Das neue H.G.B. hat die Streitfrage, um die es sich hier handelt, durch die Bestimmung des § 356 Abs 1 lösen wollen, aber in Wahrheit kaum gelöst. Danach soll der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert sein, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken. Das Gleiche soll von Forderungen gelten, für die ein Dritter als Gesammtschuldner haftet, z. B. Forderungen gegen eine offene Handels-

Digitized by Google

gesellschaft, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht, soweit hier die Gesellschafter und Genossen haften.

Nach der Denkschrift I S. 198, 199 richtet sich diese Bestimmung direkt gegen die Novationstheorie. Das Erlöschen der Sicherheiten durch die Anerkennung des Saldos wird als mit den Bedürfnissen des Verkehrs nicht im Einklang stehend bezeichnet. Das Wesen des Kontokurrentverhältnisses bedinge solches auch nicht nothwendig. Es sei nicht ausgeschlossen, daß die in der Rechnung enthaltenen Einzelforderungen in gewissen Beziehungen noch eine Wirkung äußern. Ohnehin fände eine eigentliche Aufrechnung der Einzelposten bei der Saldoziehung nicht statt, denn es ständen sich nicht nur wirkliche Forderungen gegenüber und die gänzliche Ausgleichung erfolge buchmäßig nur durch Einstellung des Saldopostens selbst. Diesen Erwägungen entspräche die obige Vorschrift. Sie wird von der Denkschrift näher dahin erläutert, daß, wenn mehrere Forderungen, die den Gesammtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder gesichert sind, jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos hafte, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrage der letzteren zurückbleibe. Ein Uebergang der Pfand- oder sonstigen Sicherungsrechte auf die Saldoforderung soll aber nicht stattfinden. Vielmehr soll die alte Forderung bestehen bleiben, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheit handle. Dem Bürgen oder dritten Verpfänder sollen daher auch alle Einreden gegen diese Forderung vorbehalten bleiben.

Es ist nicht zu leugnen, daß diese Ausführungen in sich widerspruchsvoll sind. Aus ihnen geht nur soviel hervor, daß die Novationsidee verworfen werden soll. In der That gelangen die Anhänger von der novirenden Kraft der Saldoanerkennung der Bestimmung des § 356 Abs. 1 gegenüber in arge Verlegenheit. Staub verweist, um seine Theorie der Novation zu retten, auf K.O. § 193, wonach trotz des Zwangsvergleiches die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen, sowie die Rechte aus für die Forderung bestehenden Pfandrechten unberührt bleiben. Allein beim Zwangsvergleich bleibt die alte Forderung als Naturalobligation doch in voller Höhe übrig, so daß Staub damit sich selbst widerlegen würde. In dieser Weise will Staub auch gar nicht konstruiren. Die Bürgschaft soll vielmehr zur selbständigen Obligation (?), das Pfandrecht zur reinen Sachbelastung, die Hypothek zur Grundschuld werden. Aber sollte der Bürge nicht etwa den Einwand behalten, daß die Saldoforderung nachträglich getilgt sei und sollte der Eigenthümer des Pfandobjekts sich nicht auf die accessorische Natur des Pfandrechts weiter stützen dürfen?

Umgekehrt aber scheint die Denkschrift die Meinung zu haben, daß eine eigentliche Aufrechnung bei der Saldoziehung nicht stattfinde. Sie läßt die Sicherheit unter allen Umständen bis zum Betrage des Saldoguthabens bestehen. Wären also die sämmtlichen Forderungen durch Sicherheiten gedeckt, so würde darnach jede Sicherheit bestehen bleiben bis zur Höhe des Saldoguthabens. Nehmen wir z. B. an, daß auf der einen Seite drei Forderungen von 10,000, 15,000 und 25,000 im Gesammtbetrage von 50,000 stehen, deren jede gesonderte Sicherheit genießt, während auf der anderen Seite Forderungen in Höhe von 40,000 gegenüberstehen, so hätte in Höhe des Saldoguthabens von 10,000 der Gläubiger das Recht, aus jeder der drei Sicherheiten Befriedigung zu suchen, die erfolgte Befriedigung durch eine Sicherheit würde die Haftung der übrigen tilgen.[1])

Aber wie ist denn der Hergang der Saldoziehung anders zu denken, als in Gestalt einer Aufrechnung? Wenn das Konto des Einen insgesammt 100,000, das des andern insgesammt 90,000 ergiebt, der Eine dem Anderen den Saldoüberschuß in Höhe von 10,000 mittheilt und dieser ihn anerkennt, so ist dies doch nicht anders auszulegen, als daß der Betrag von 90,000 durch Aufrechnung getilgt ist. Was der Passus der Denkschrift, daß ohnehin eine eigentliche Aufrechnung der Einzelposten bei der Saldoziehung nicht stattfinde, besagen soll, ist nicht klar. Daß sich „nicht nur" wirkliche Forderungen gegenüberstehen, sondern zum Theil bloße Rechnungsposten, hindert doch die Aufrechnung wirklicher Forderungen nicht und wie will man sich die Tilgung der sich deckenden Beträge anders als durch Aufrechnung erklären?

Vollzieht sich aber eine Aufrechnung, so können diejenigen Posten, die durch Aufrechnung getilgt sind, überhaupt nicht weiter in Betracht kommen, ihre Sicherheiten ꝛc. sind damit liberirt, etwaige Gesammthaftungen Dritter erledigt. Nach der Denkschrift

[1]) Die Schwierigkeit, die hierin liegt, wurde schon in der Kommission zur Begutachtung des H.G.B. empfunden. Vgl. Düringer-Hachenburg II S. 371.

Digitized by Google

sollen die Sicherheiten bis zur Höhe des Passivsaldos sämmtlich bestehen bleiben. Es ist aber unmöglich, daß, wenn von drei durch Sicherheiten gedeckten Forderungen zu 10,000, 15,000 und 25,000, also im Gesammtbetrage von 50,000, der Betrag von 40,000 durch die Saldoziehung getilgt ist, nunmehr noch jede der drei Forderungen in Höhe von 10,000 übrig bleibt — vielmehr kann entweder nur eine Forderung von 10,000 übrig bleiben oder jede der drei Forderungen muß soweit gekürzt werden, daß sie zusammen 10,000 ergeben. Im ersteren Falle wären dann die Sicherheiten der beiden anderen Forderungen frei, im letzteren würde jede der Sicherheiten nur noch für den gekürzten Betrag haften.

Es läßt sich auch nicht so argumentiren: die durch Pfand, Bürgschaft ꝛc. gedeckten Posten seien in die Rechnung gestellt worden unter Vorbehalt der Erhaltung ihrer Individualität. Gewiß, wenn der gedeckte Posten der einzige seiner Art in der Kontokurrentreihe ist, so läßt sich sagen, die Aufrechnung soll erst alle übrigen ergreifen und ihn ultimo loco treffen. Aber, wenn deren mehrere da sind, so daß nothgedrungen die Aufrechnung sie mit umfassen und einen Theil ihrer tilgen muß, so bleibt es unerklärlich, wie sie doch alle in alter Gestalt bis zur Höhe des Passivsaldos bei Bestand bleiben sollen.

Ausdrücklich verwirft endlich die Denkschrift die Meinung, daß die Sicherungsrechte auf die Saldoforderung übergehen. Das würde ja auch gar nicht ohne die Zustimmung z. B. des Bürgen erfolgen können, weil dieser ja durch den Hauptschuldner nicht einseitig in eine schlechtere Position gebracht werden kann (B.G.B. § 768). Und wie, wenn nach erfolgter Sicherheitsbestellung erst das Kontokurrentverhältniß entsteht?

Muß man also daran festhalten, daß einerseits eine wirkliche Aufrechnung bei der Saldoziehung stattfindet — andererseits durch § 356 Abs. 1 die novirende Kraft des Saldoanerkenntnisses negirt ist, so läßt sich § 356 Abs. 1 nur dahin auslegen, daß die Fortdauer des Sicherungsmittels zur Voraussetzung die Fortdauer der gesicherten Forderung hat. Der Gläubiger kann aus der Sicherheit in Höhe des Aktivsaldos nur dann Befriedigung suchen, wenn nicht in Folge der Aufrechnung die gesicherte Forderung untergegangen ist. Somit wird es darauf ankommen, zu untersuchen, welche der Kontokurrentposten von der Aufrechnung getroffen sind. Die sogenannte Gesammtkompensation, die die bisherige Theorie und Praxis annahm, wird sich angesichts des § 356 für die gesicherten Posten nicht gut halten lassen (vgl. auch Litthauer zu § 356). Dem Bürgen, dritten Gesammtschuldner ꝛc. wird der Einwand nicht versagt werden dürfen, daß die von ihm gesicherte Schuld durch die in der Saldirung erfolgte Aufrechnung erloschen sei. Er wird zu beweisen haben, daß die Aufrechnung seinen Posten mitumfaßte. Dieser Beweis ist ein sehr schwieriger, denn die §§ 396, 366 Abs. 2 des B.G.B. sind hier nicht ohne Weiteres anwendbar. Insbesondere wird daran festzuhalten sein, daß die Aufrechnung erst an letzter Stelle die durch Pfand, Bürgschaften ꝛc. gedeckten Posten ergreifen soll. Unter diesen selbst wird aber die Reihenfolge des B.G.B. § 366 Abs. 2 entscheiden müssen.

h) **Enthält somit die Saldoanerkennung keine Novation, so erspart sie doch das Zurückgehen auf die einzelnen Kausalgeschäfte.** Die Saldoklage hat zum Fundament nur die Anerkennung des Saldos, eine nachträgliche Begründung der Klage mit einer einzelnen Forderung wäre eine Aenderung des Klagegrundes (R.O.H.G. X Nr. 17, vgl. jedoch hierzu C.P.O. § 264), Einreden gegenüber der Saldoklage können sich auf Mängel der einzelnen Posten nur insoweit stützen, als nicht in der Aufrechnung eine Tilgung, in der Anerkennung ein Verzicht auf deren Geltendmachung zu erblicken ist. So würde die Einrede der Verjährung eines Postens, des Spieles, der Wette, des Differenzgeschäftes nach B.G.B. §§ 222, 762, 764 insoweit nicht mehr zulässig sein, als die Leistung auf Grund dieser in der Aufrechnung erfolgt ist (vgl. Düringer-Hachenburg II S. 367; a. A. Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 15). Ebensowenig ist die Berufung darauf, daß die Buchung unrichtig gewesen sei, zulässig, denn durch die Anerkennung des Saldos wird die Richtigkeit der Buchung zugegeben (Bolze II Nr. 786, R.O.H.G. X Nr. 81). Wäre dagegen ein einzelner Schuldposten schlechthin nichtig, so könnte auch die Anerkennung die Nichtigkeit nicht heilen (R.G.E. V S. 126, 127). Natürlich ist der Saldoklage gegenüber ein die Gültigkeit des Anerkenntnisses selbst betreffender Einwand zulässig, z. B. daß die Anerkenntnißerklärung irrthümlich abgegeben oder durch Betrug erschlichen sei. Mit Bezug auf derartige Anfechtungsgründe greifen die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. (§§ 119, 123) Platz, Nr. 30.

Digitized by Google

ebenso mit Bezug auf eine Kondiktion (Düringer-Hachenburg II S. 368). — Die Verjährung des Anspruchs aus dem Saldo ist eine selbständige (vgl. B.G.B. § 222 Abs. 2), untersteht somit nicht den kurzen Fristen des B.G.B. §§ 196, 197.

Nr. 31. i) **Pfändung des Saldos.** Hat der Gläubiger eines der Kontokurrentisten sich den Anspruch auf den etwaigen Saldo überweisen lassen (C.P.O. §§ 829, 835), so kann er erst nach Beendigung des Kontokurrentvertrages gegen den Drittschuldner vorgehen, denn der Einwand des Drittschuldners, daß, solange die Rechnung läuft, die Geltendmachung der Posten behufs Zahlung ausgeschlossen sei, griffe gegen den Gläubiger Platz. Andererseits wäre der Schuldner durch Einsetzung neuer Schuldposten in das Kontokurrent in der Lage, das Recht des Gläubigers auf das Guthaben aus dem Saldo illusorisch zu machen. Um dies zu verhüten, bestimmt § 357, daß nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstandene Schuldposten dem Gläubiger gegenüber nicht in Rechnung gestellt werden dürfen. Der Gläubiger kann vielmehr hinsichtlich der Passivkonten seines Schuldners sich auf denjenigen Zustand des Kontokurrents stützen, der zur Zeit der Pfändung, d. h. zur Zeit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bestand (C.P.O. § 829 Abs. 3). Neuere Schuldposten braucht er sich nicht entgegenstellen zu lassen. Neuere sind nur solche, die aus selbständigen Geschäften nachträglich entstanden sind, nicht aus vorher bestandene Verpflichtungen realisirenden Geschäften. Hatte sich z. B. der Drittschuldner zur Einlösung eines Wechsels dem Schuldner gegenüber verpflichtet, so muß die nach der Pfändung stattgehabte Wechseleinlösung der Gläubiger sich in Rechnung stellen lassen. Würde ein vor der Pfändung abgeschlossenes Geschäft nachträglich mit Erfolg angefochten, so träfen die Folgen der Anfechtung den Pfändenden (Cosack S. 353). — Umgekehrt würden etwaige Gutschriften des Schuldners für noch nicht eingelöste Remessen dem Gläubiger nur dann zu Gute kommen, wenn die Remessen nachher wirklich eingelöst werden, bei Ausfall hat der Drittschuldner im Zweifel das Recht der Stornirung (siehe oben Nr. 20). — Neuere Forderungen des Schuldners gegen den Drittschuldner kommen auch dem Gläubiger zu Gute, falls sie bis zur Saldoziehung entstehen. Ein nach der Verrechnung erfolgendes Gutschreiben für den Schuldner kann natürlich vom Gläubiger nicht beansprucht werden, er muß dann den nächsten Saldo pfänden.

Nr. 32. k) **Verzinsung des Saldos.** Vom Saldo laufen Zinsen. Diese positive Vorschrift gilt nicht bloß für den kaufmännischen, sondern auch für den nichtkaufmännischen Theil, sie gilt nicht bloß mit Bezug auf das im Saldo enthaltene Kapital, sondern auch auf die darin steckenden Zinsen in Abweichung von B.G.B. § 248. Sie gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß das Kontokurrent fortläuft, hört es auf, so greifen die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. §§ 248, 289 Platz. Die Zinsen laufen vom Tage ab, wo der Saldo gezogen werden konnte, nicht, wo er wirklich gezogen wurde, also vom Tage des Ablaufs der Kontokurrentperiode.

III. **Vortrag des Saldos auf neue Rechnung.**

Nr. 33. Durch den Vortrag des Saldos auf neue Rechnung wird der Kontokurrentverkehr fortgesetzt, auch dann, wenn nicht neue Spekulationen vorgenommen werden, sondern nur die bereits begonnenen Geschäfte fortgesetzt werden (Bolze XI Nr. 289). Der vorgetragene Saldo ist der erste Posten der neuen laufenden Rechnung, er unterliegt den früher geschilderten Wirkungen, welchen die Einreihung eines Postens in das Kontokurrent ausgesetzt ist. Eine Novation tritt nicht ein (Dernburg, b. R. II S. 271, anders R.G.E. XVIII S. 249, XXV S. 15, 16, Cosack S. 352, O.L.G. Jena in Z. XXXV, 259). Die bloße Stundung des Saldos enthält keine Fortsetzung des Kontokurrents (Cosack S. 355).

Nr. 34. 7. **Beendigung des Kontokurrentvertrages.** Der Kontokurrentvertrag endet außer dem Falle des Ablaufes der vereinbarten Zeit durch berechtigte Kündigung seitens eines Theiles, dagegen nicht ohne Weiteres durch Nichtabschluß von Geschäften während einer gewissen Zeit. Geräth ein Kontokurrentist in Konkurs, so kann jeder Theil das Kontokurrent kündigen. Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn das Reichsgericht annimmt, der Vertrag sei ohne Weiteres aufgehoben (R.G.E. II S. 264, XXII S. 150). Vielmehr können ihn beide Parteien auch fortsetzen, indem der Konkursgegner auf Anmeldung der Forderung zum Konkurse, der Verwalter auf Einbeziehung zur Masse verzichtet (Oetker S. 257). Tod eines der Kontokurrentisten hebt im Zweifel den Vertrag nicht auf (vgl. z. B. Adler-Clemens Nr. 1242, anders Greber S. 91). Der Gläubiger eines Theiles kann den Kontokurrentvertrag nicht kündigen, er ist durch § 357 geschützt.

Digitized by Google

Im Zweifel steht jedem Theile freies Kündigungsrecht jederzeit zu (§ 355 Abs. 3). Ist ein Anderes ausdrücklich vereinbart oder aus den Umständen zu entnehmen, so ist jedenfalls bei Vorhandensein einer justa causa Kündigung zulässig. Als justa causa ist vor Allem Kreditunsicherheit des anderen Theiles anzusehen, denn die dem Kontokurrent innewohnende Stundungsidee beruht auf der Zuversicht in die Kreditfähigkeit des anderen Theiles (a. A. Düringer-Hachenburg II S. 369). Nr. 35.

Mit der Beendigung des Kontokurrentvertrages hört die innere Gebundenheit der Posten auf, derjenige Theil, dem nach der Rechnung der Ueberschuß gebührt, kann dessen Zahlung beanspruchen. Zinsen laufen nur dann weiter, wenn ein besonderer gesetzlicher Grund vorliegt, das Verbot des Anatozismus greift nun Platz. Später entstandene Forderungen stehen außerhalb des Kontokurrents; handelt es sich um Stornirung wegen Nichteinganges einer Remesse, so kann allerdings eine Rückbuchung auch nach der Beendigung eintreten, weil hier im Grunde die alte Forderung fortbestand (B.G.B. § 364, Abs. 2, R.O.H.G. V Nr. 51 S. 232, vgl. auch R.G.E. II S. 263). Nr. 36.

Die für den ganzen Debetsaldo oder bis zur Höhe eines bestimmten Betrages desselben geleistete Sicherheit (Kontokurrentbürgschaft, Kredithypothek) geht bei Fortsetzung des Kontokurrentvertrages nur im Falle der Einwilligung des Sicherheit leistenden Theiles auf das neue Kontokurrent über (R.O.H.G. IX Nr. 55). Andernfalls wird sie von diesem nicht ergriffen, der Bürge oder das Pfand haftet nur für den Betrag des einmaligen Debetsaldos, die nach Beendigung des alten Kontokurrentvertrages seitens des Schuldners an den Gläubiger erfolgenden Zahlungen würden nach den Grundsätzen des B.G.B. § 366 Abs. 2 zur Anrechnung gebracht werden müssen. Auch könnte der Bürge, selbst der selbstschuldnerische, sich darauf berufen, daß dem Schuldner der Kredit nicht rechtzeitig gekündigt ist (R.O.H.G. IX Nr. 55). — Willigt dagegen der Sicherheit Leistende in die Uebernahme der Posten auf das neue Kontokurrent ein, so ergreifen ihn bis zum Betrage der Summe, für die er einstehen will, die Veränderungen des neuen Kontokurrents. Diese Einwilligung kann auch von vornherein bei der Sicherheitsleistung erklärt werden (Sicherheit für die Saldi bis zum ..... in Höhe von .....). Nr. 37.

8. **Die Berichtigung des Saldos** nach Beendigung des Kontokurrentvertrages kann durch Baarzahlung, datio in solutum, Aufrechnung u. s. w. erfolgen. Eine diesbezügliche Abrede, z. B. daß die Berichtigung des Guthabens durch Lieferung einer Quantität Cigarren erfolgen werde, ändert an dem Wesen des Kontokurrentvertrages nichts (R.O.H.G. XVII S. 218). Nr. 38.

9. Die obigen Sätze über das rein kaufmännische und halb kaufmännische Kontokurrent können die Parteien, soweit nicht zwingende Sätze des bürgerlichen Rechts entgegenstehen oder Rechte Dritter verletzt werden, auf den **bürgerlichen Kontokurrentverkehr** oder **auf die einfache laufende Rechnung** erstrecken, insbesondere mit Bezug auf die Nichtausklagung der einzelnen Posten, die Ausschließung der gewöhnlichen Aufrechnungsgrundsätze, die verpflichtende Bedeutung der Saldoanerkennung (vgl. R.G.E. XXII S. 152, II S. 338, R.O.H.G. XX Nr. 32 sehr weit gehend). Diesenfalls würde sich für die Abtretung und Pfändung der einzelnen Posten ein ähnliches Resultat, wie oben, ergeben. Dagegen können sie nicht das Privileg des Zinseszinses, das § 355 Abs. 1 gewährt, dadurch erlangen (O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 98), hier würde B.G.B. § 248 im Wege stehen (vgl. freilich dessen Abs. 2). Die besonderen Bestimmungen der §§ 356, 357 würden auf solches bürgerliche Kontokurrent nicht Anwendung finden. Nr. 39.

10. **Aelteres Recht.** Das ältere Recht enthielt im Art. 291 nur dürftige Vorschriften über das rein kaufmännische Kontokurrentverhältniß, die dem § 355 Abs. 1, 2 entsprachen. Das ältere Recht muß für vor dem 1. Januar 1900 eingegangene Kontokurrentverhältnisse insoweit weiter Geltung haben, als es sich um die daraus resultirenden gegenseitigen Verpflichtungen der beiden Parteien handelt (Art. 170 des E.B.G.B.), so z. B. hinsichtlich der Kündigungsbefugniß. Soweit dagegen die Wirkungen besonderer an das Kontokurrent herantretender Rechtsakte in Frage sind, gilt, wenn diese nach dem 31. Dezember 1899 vorgenommen werden, das neue Recht. So würde § 356 auf alle Anerkennungen, die nach dem 1. Januar 1900 vorgenommen werden, Anwendung finden. § 357 gilt für alle Pfändungen und Ueberweisungen, die nach dem 31. Dezember 1899 erwirkt werden. Nr. 40.

Digitized by Google

Vorbemerkungen zu §§ 358—361.

Erfüllung von Handelsgeschäften.

Denkschr. I S. 192, 193; II S. 3233.

Die §§ 358—361 enthalten nur vereinzelte Vorschriften allgemeiner Natur über die Erfüllung von Handelsgeschäften, und auch diese haben nur untergeordnete Bedeutung. Anders lag die Sache im alten H.G.B., dessen Art. 324—336 für die Erfüllung von Handelsgeschäften grundlegende Sätze aufstellten. Nachdem aber das B.G.B. diese Sätze im Wesentlichen unverändert übernommen hat, konnten sie im neuen H.G.B. fortbleiben. Der Uebersicht halber stellen wir die ausgefallenen Artikel des alten H.G.B. mit den Vorschriften des B.G.B. zusammen.

1. Art. 324

Nr. 1. bestimmte, die Erfüllung des Handelsgeschäfts müsse an dem Orte geschehen, der im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen sei. Fehle es an diesen Voraussetzungen, so habe der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden solle, welche sich zur Zeit des Vertragsschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem anderen Orte befand, so habe die Uebergabe an diesem Orte zu geschehen.

Damit sachlich übereinstimmend, jedoch für alle Verbindlichkeiten generalisirend, läßt **B.G.B. § 269** bei Verbindlichkeiten, die im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden sind, falls ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, den Ort der gewerblichen Niederlassung des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses entscheiden, der natürlich mit dem Ort des Wohnsitzes des Schuldners identisch sein kann. Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß eine bestimmte Sache übergeben werden soll, enthält das B.G.B. nicht, doch wird aus der Natur der Sache auch nach dem neuen Recht diesenfalls meist entnommen werden können, daß die Uebergabe an dem Ort zu erfolgen habe, an dem die Sache mit Wissen der Vertragsparteien sich zur Zeit des Vertragsschlusses befand (Planck zu § 269 Nr. 1, Mot. zum Entw. I des B.G.B., II S. 35).

Im einzelnen gilt:

Nr. 2. a) Ort der gewerblichen Niederlassung ist die Ortschaft, innerhalb der Ortschaft der Ortspunkt.

Nr. 3. b) Besitzt der Kaufmann mehrere Niederlassungen, so entscheidet natürlich der Ort derjenigen Niederlassung, in deren Betrieb die Verbindlichkeit entstanden ist.

Nr. 4. c) Auch Verzug des Schuldners oder Gläubigers ändert an dem gesetzlichen Erfüllungsort nichts; bei Verzug des Schuldners hat dieser dem Gläubiger die dadurch entstehenden Mehrkosten zu ersetzen (Schollmeyer zu § 269 Nr. 5), bei Verzug des Gläubigers kann der Schuldner die Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot ersetzt verlangen (B.G.B. § 304).

Nr. 5. d) Der gesetzliche Erfüllungsort greift nicht Platz, wenn ein anderer Ort bestimmt, d. h. im Vertrage bestimmt ist. Einseitige Vermerke auf der Faktur oder Auftragsbestätigung (Kommissionskopie) seitens des Verkäufers präjudiziren dem Käufer nicht (R.O.H.G. V Nr. 7, R.G.E. V S. 394, vgl. bei § 346 Nr. 7 und Hanausek Fakturen, S. 86 ff., auch R.G. bei Holdheim IX S. 78, Bolze XII Nr. 642). Doch kann der Käufer sie durch sein Verhalten nachträglich genehmigen, indem er z. B. andere Punkte beanstandet, über diesen aber schweigt. Die bloße Verfügung über die Waare wäre noch keine Genehmigung. — Die Bestimmung im Vertrage darf auch nicht im Widerspruch mit den ganzen sonstigen Vereinbarungen stehen. Vom Verkäufer eingedruckte Vermerke über den Erfüllungsort haben häufig lediglich den Zweck, den Gerichtsstand des § 29 C.P.O. in dem Verkäufer günstiger Weise zu begründen, während nach dem Inhalt des Vertrages ein anderer Erfüllungsort klar ersichtlich ist, z. B. wenn der Verkäufer Lieferung der Maschine und Aufstellung im Hause des Käufers verspricht. Solchenfalls ist das Haus des Käufers Erfüllungsort trotz des eingedruckten Vermerkes, wonach des Verkäufers Ort Erfüllungsort sein solle (R.G. XLI S. 361, vgl. R.O.H.G. XI S. 314).

Digitized by Google

Besonders vorsichtig ist die Vertragsauslegung zu handhaben, wenn es sich um Geldzahlungen handelt. Verpflichtet sich der Schuldner, dem Gläubiger das Geld zu senden, so liegt darin zunächst nicht mehr als eine Bestätigung des durch § 270 B.G.B. (siehe unten Nr. 8) geschaffenen gesetzlichen Zustandes. Lautet die Vertragsklausel dagegen direkt „zahlbar in N.", so läge darin eine Feststellung des Erfüllungsortes (Adler-Clemens Nr. 952, bedenklich Nr. 403, 422).

e) Er greift ferner nicht Platz, wenn aus der Natur des Schuldverhältnisses ein Anderes zu entnehmen ist. Hierüber an den einschlägigen Stellen. Vgl. bei § 59 Nr. 8, ferner in dem Abschnitt „Kommissionsgeschäft", Einleitung Nr. 8 u. a. m. Nr. 6.

f) Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nach B.G.B. § 269 Abs. 3 nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der sogenannte Bestimmungsort, der Leistungsort sein solle.[1]) Das ist eine Verallgemeinerung des in Art. 345 Abs. 2 A. D. H.G.B. enthaltenen Satzes und entspricht der bisherigen Praxis. So wird auch in Zukunft die Klausel „cif" (cost insurance freight oder cost included freight oder c. and f.) nur darauf deuten, daß der Verkäufer Kosten, Assekuranz und Fracht tragen, nicht dagegen, daß die Parteien eine besondere Vereinbarung über den Erfüllungsort haben treffen wollen (R.O.H.G. XIII S. 438, R.G.E. XIV S. 114, L.G. Hamburg in Z. XL S. 499). — Hat der Schuldner nicht bloß die Kosten, sondern auch die Gefahr des Transportes übernommen, so kann darin regelmäßig eine Vereinbarung, daß der Bestimmungsort Erfüllungsort sein solle, erblickt werden (R.O.H.G. XI S. 313), ebenso, wenn er die Transportversicherung übernimmt, doch gilt dies nicht, wenn er die Gefahr nur hinsichtlich einzelner Beschädigungen übernommen hat. Hat er überhaupt die Gefahr (nicht bloß die Transportgefahr) bis zum Versendungsort übernommen, so ist dieser natürlich Erfüllungsort. Für den Verkauf einer schwimmenden Ladung, über die ein Ladeschein oder Konnossement ausgestellt ist, hat R.G.E. XVI S. 5 als Erfüllungsort den Ort, an dem der legitimirte Inhaber dem Frachtführer das Papier aushändigen soll, also den Ablieferungsort, angenommen. Nr. 7.

2. Art. 325.

„Bei Geldzahlungen, mit Ausnahme der Auszahlung von indossabelen oder auf Inhaber lautenden Papieren, ist der Schuldner verpflichtet, wenn nicht ein Anderes aus dem Vertrage oder aus der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten hervorgeht, auf seine Gefahr und Kosten die Zahlung dem Gläubiger an den Ort zu übermachen, an welchem der letztere zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Durch diese Bestimmung wird jedoch der gesetzliche Erfüllungsort des Schuldners in Betreff der Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert",

ist überflüssig geworden durch **B.G.B. § 270:**

„Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Erhöhen sich in Folge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Aenderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Uebermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.

Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt."

---

[1]) Wohl aber ist der Bestimmungsort der Ablieferungsort und da am Ablieferungsort die Abnahme der Waare zu erfolgen hat, der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht des Käufers (vgl. bei § 374).

Digitized by Google

Nr. 8. Wenn auch B.G.B. § 270 die besondere Ausnahme hinsichtlich der Order- und Inhaberpapiere nicht macht, so ergiebt sich diese von selbst aus der Natur der Sache. Nur wird zu beachten sein, daß, wenn der Gläubiger das Papier einmal präsentirt hat und der Schuldner daraufhin nichts zahlte, der Gläubiger Uebersendung des Geldes wird verlangen dürfen (Staub S. 1233 Anm. 19). Durch Abs. 4 des § 270 ist die für Art. 325 streitige Frage, ob für die Zahlung ein besonderer Erfüllungsort begründet werde, verneint. Erfüllungsort bleibt schlechthin der aus B.G.B. § 269 sich ergebende. — § 270 ist gleich Art. 325 nur eine Auslegungsvorschrift. Aus der Sachlage kann sich ergeben, daß auch bei Geldsendungen die Gefahr des Transportes der Empfänger tragen solle. Ist z. B. der Absender Beauftragter des Empfängers oder erhält er nur eine Inkasso-Gebühr, so ist anzunehmen, daß die Transportgefahr den Empfänger trifft (R.G.E. II S. 118), ebenso bei Sendungen des Kommissionärs an den Kommittenten (vgl. bei § 384). Andere Fälle: der Darlehnsgeber, der das Geld dem Darlehnsnehmer schickt, schickt es auf dessen Gefahr und Kosten, wer die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben hat, wird nicht die Gefahr der Sendung der Bereicherungssumme tragen u. s. w. — Abweichungen von der Regel des § 270 enthalten B.G.B. §§ 700, 697, 1194, ferner landesrechtliche Vorschriften, nach denen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind, E. B.G.B. Art. 92, preußisches A.G. Art. 11.

3. Art. 326.

Nr. 9. „Wenn die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit in dem Vertrage nicht bestimmt ist, so kann die Erfüllung zu jeder Zeit gefordert und geleistet werden, sofern nicht nach den Umständen oder nach dem Handelsgebrauche etwas Anderes anzunehmen ist",

ist überflüssig geworden durch **B.G.B. § 271 Abs. 1:**

„Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken."

Ein abweichender Handelsgebrauch ist nach § 346 nur für den Verkehr unter Kaufleuten von Einfluß. Ueber die Auslegung von Ausdrücken, wie „sofort", „nach Belieben", s. bei § 346 Nr. 8.

Nr. 10. 4. Ueber Art. **327—331, 333** bei **§ 359.**

Nr. 11. 5. Art. **332** vgl. **§ 358.**

5. Art. 334.

Nr. 12. „In allen Fällen, in welchen ein Verfalltag bestimmt worden ist, ist nach der Natur des Geschäfts und der Absicht der Kontrahenten zu beurtheilen, ob derselbe nur zu Gunsten eines der beiden Kontrahenten hinzugefügt worden ist. Auch wenn der Schuldner hiernach vor dem Verfalltage zu zahlen befugt ist, ist er doch nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Gläubigers den Diskonto abzuziehen, insofern nicht Uebereinkunft oder Handelsgebrauch ihn dazu ermächtigen"

ist ersetzt durch **B.G.B. §§ 271 Abs. 2, 272:**

„Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.

Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt."

die also eine Präsumtion zu Gunsten des Schuldners aufstellen (Ausnahme: verzinsliches Darlehn B.G.B. § 609 Abs. 3). Ueber Diskonto bei § 380.

Nr. 13. 7. Art. **335** vgl. **§ 360.**

Nr. 14. 8. Art. **336** vgl. **§ 361.**

Digitized by Google

§ 358.

Bei Handelsgeschäften kann die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden.

Entw. I § 329, II § 350; Denkschr. I S. 200, II S. 3237; A. D. H.G.B. Art. 332.

Während das B.G.B. einer Vorschrift darüber ermangelt, zu welcher Tageszeit zu leisten sei (Mot. zum Entw. I Bd. II S. 39), demnach hierüber die Art der Leistung und die Verkehrssitte zu entscheiden hat (Planck zu § 271 Nr. 5), soll nach § 358 bei Handelsgeschäften, gleichgiltig ob beiderseitigen oder einseitigen, nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit[1]) die Leistung bewirkt und gefordert werden. Die Bestimmung ist dispositiver Natur, die Parteien können sie ausdehnen und einengen, z. B. die Leistungszeit auf eine bestimmte Stunde beschränken, so bei börsenmäßigen Fixgeschäften, aber auch im gewöhnlichen Verkehr: Bestellung von Waaren auf eine bestimmte Stunde, Miethen einer Droschke u. s. w. Gleichgültig ist, ob die Leistung dem Tage nach bestimmt oder unbestimmt ist.

Das ältere Recht stimmte überein.

§ 359.

Ist als Zeit der Leistung das Frühjahr oder der Herbst oder ein in ähnlicher Weise bestimmter Zeitpunkt vereinbart, so entscheidet im Zweifel der Handelsgebrauch des Ortes der Leistung.

Ist eine Frist von acht Tagen vereinbart, so sind hierunter im Zweifel volle acht Tage zu verstehen.

Entw. I § 330, II § 351; Denkschr. I S. 193, 200, II S. 3233, 3237; A. D. H.G.B. Art. 327 Abs. 1, 328 Abs. 1 Nr. 1.

Die Auslegungsvorschriften des § 359 ergänzen die §§ 188—192 des B.G.B. Sie beziehen sich nicht auf gesetzliche, sondern auf vereinbarte Termine und Fristen, sie gelten andererseits auch für einseitige Handelsgeschäfte.

1. Ueber die **Auslegung allgemeiner Bezeichnungen**, wie „Frühjahr", „Herbst", „Sommer", „Winter", „Meßzeit", „Wiedereröffnung der Schiffahrt", „Schluß der Ernte" (Prot. S. 584) soll im Zweifel der Handelsgebrauch des Erfüllungsortes (B.G.B. § 269) entscheiden, weil es sich um eine Erfüllungsmodalität handelt. Die Bestimmung ist nicht bloßer Ausfluß des § 346, da ihr ja bei einseitigen Handelsgeschäften auch der zur Leistung verpflichtete nichtkaufmännische Theil untersteht. Besteht ein Handelsgebrauch nicht, so sind die gewöhnlichen Auslegungsgrundsätze anzuwenden, ist also z. B. das Wort „Frühjahr" auf die Zeit vom 21. März bis zum 20. Juni zu beziehen (Puchelt-Förtsch zu Art. 327 Nr. 2). Nr. 1.

2. Unter einer Frist von acht Tagen sind im Zweifel volle acht Tage zu verstehen, während es nach bürgerlichem Recht lediglich auf die Vertragsauslegung ankommt (Mot. zum Entw. I des B.G.B. Bd. I S. 285). Für eine Frist von vierzehn Tagen ist eine besondere Auslegungsregel nicht mehr getroffen. Nr. 2.

---

[1]) Was gewöhnliche Geschäftszeit ist, richtet sich nach dem einzelnen Fall. Landesrechtliche Vorschriften über die Proteststunden (vgl. bei E.H.G.B. Art. 21) haben hierfür keine entscheidende Bedeutung. Auch die Frage, ob an einem Sonntag oder allgemeinen Feiertag die Leistung bewirkt werden kann, richtet sich nach dem einzelnen Fall. B.G.B. § 193 will hierüber nicht entscheiden, er betrifft nur die andere Frage, ob die Leistung gefordert werden kann. „Gewöhnliche Geschäftszeit" wird an Sonn- und Feiertagen die Zeit, wo der Laden geöffnet ist, nur für Geschäfte gewisser Art, nicht für alle sein. Soweit sie „gewöhnliche Geschäftszeit" ist, kann dann der Schuldner die Leistung bewirken, auch in dem Falle, wenn der Feiertag der Terminstag ist und nicht bloß der Endtag der Frist. Denn wiewohl durch B.G.B. § 193 solchenfalls eine Verlegung des Termins eintritt, kann nach B.G.B. § 271 Abs. 2 der Schuldner im Zweifel vor Eintritt des Termines erfüllen. Vgl. Staub, Excurs zu § 359 Anm. 36.

Digitized by Google

Nr. 3. 3. Das alte Recht enthielt außer den obigen noch weitere Auslegungsvorschriften über die Berechnung von Fristen und Terminen (Art. 327 Abs. 2 — 330, 333), die in den meisten Punkten mit den nicht hier zu erläuternden §§ 187 ff. des B.G.B. übereinstimmen. Von Wichtigkeit war nur die Abweichung des Art. 330 Abs. 2 vom B.G.B. § 193. Nach letzterem tritt, wenn innerhalb einer Frist eine Leistung zu bewirken ist und der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag fällt, an die Stelle dieser der nächstfolgende Werktag. Dagegen ließ Art. 330 Abs. 2 solchenfalls den nächstvorhergehenden Werktag entscheiden. Letzterer Artikel würde Anwendung finden auf alle vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Handelsgeschäfte.

Art. 331 des A. D. H.G.B. behielt den Börsenordnungen vor, Abänderungen in diesen Zeitberechnungen für die Liquidationstermine der Börsengeschäfte zu treffen. Diese Bestimmung ist im neuen H.G.B. als selbstverständlich gestrichen worden, da es sich um dem dispositiven Recht vorgehende Kontraktsbedingungen handelt.

§ 360.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Waare geschuldet, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten.

Entw. I § 331, II § 352; Denkschr. I S. 200, II S. 3237; A. D. H.G.B. Art. 335.

1. Der im B.G.B. § 243 Abs. 1 aufgestellte Satz wird für Schulden aus Handelsgeschäften (auch einseitigen) in entsprechender Einkleidung wiederholt.

Nr. 1. Nothwendig ist: a) daß eine **Gattungsschuld** vorliegt; für Speziesobligationen greift § 360 nicht Platz. Bei den sogenannten gemischt generischen Obligationen (Verkauf einer Menge aus einem größeren Lager) liegt nach Lage der Dinge entweder alternative Speziesobligation oder, was regelmäßig der Fall sein wird, Gattungsschuld vor (vgl. Schollmeyer zu § 243 Nr. 2).

Nr. 2. b) Die Gattungsschuld muß **Waaren** betreffen. Als solche gelten hier ausnahmsweise auch Werthpapiere. Die Waaren können auch nichtvertretbar sein.

Nr. 3. c) Zu leisten ist **Handelsgut**, d. h. nach Gesetz und den Anschauungen des loyalen Handels handelbare Waare (Goldschmidt, Hdb. I. Aufl. S. 552), also nicht verfälschte, gänzlich verdorbene oder sonst entwerthete (z. B. bei Werthpapieren ausgelooste oder für kraftlos erklärte, vgl. L.G. Frankfurt in Z. XXXVIII, 194; B.G.B. § 437 Abs. 2; unvergerbbare Bestände R.O.H.G. X S. 351, transportunfähige Waare Busch XIV S. 208). Die Waare muß auch mit der üblichen Emballage (Seuffert XXVI Nr. 22), Werthpapiere mit den noch nicht fälligen Zins-, Gewinn-, Rentenantheilscheinen und Erneuerungsscheinen versehen sein. Vollkommene Mangelfreiheit liegt natürlich im Begriffe nicht. Und umgekehrt kann schon Beeinträchtigung der Handelbarkeit ohne direkte Mängel den Begriff des Handelsgutes ausschließen (Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 69). Wieweit die Waare Handelsgut ist, entscheidet zuletzt der Handelsgebrauch des Erfüllungsortes.

Nr. 4. d) Und zwar Handelsgut der **bedungenen** Gattung. Leistung einer anderen als der bedungenen Gattung ist Leistung eines aliud. Als andere Gattung erscheint bei erheblicher Verschiedenheit von Sorten eine andere Sorte (Prot. S. 4581, 4582, vgl. B.G.B. § 119 Abs. 2).

Nr. 5. e) Handelsgut **mittlerer Art** (Sorte) **und Güte** (Qualität), d. h. nach dem objektiven Maßstab des Handelsverkehrs, nicht nach den subjektiven Verhältnissen des Leistenden. Dabei gilt, daß zu leisten ist Handelsgut mittlerer Sorte und innerhalb der Sorte mittlerer Qualität (Hanausek, Haftung I S. 71). Auch hierüber entscheidet zuletzt der Handelsgebrauch des Erfüllungsortes (vgl. dazu Bolze XVI Nr. 415).

Nr. 6. f) Vereinbaren die Parteien eine bestimmte Art oder Güte, sei es mit ausdrücklicher Spezifikation (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVI S. 32), sei es unter Hinweis auf die Verkehrssitte (B.G.B. §§ 157, 242) oder die Handelsgebräuche, z. B. durch die Klausel „tel quel", „die Waare falle wie sie wolle" (vgl. dazu Hanausek, Haftung I S. 88, Bolze V Nr. 442, XIX Nr. 540, R.G.E. XIX S. 30 f.; aber auch Schlodtmann in Z. XXXVIII S. 353—371) — sei es durch die Art der Preisbestimmung, z. B. bei Wein, Kaffee (Hanausek, Haftung I S. 73, O.L.G. Dresden

Digitized by Google

in Z. XL S. 501), so geht dies vor. Wer sich auf besondere Vereinbarung beruft, hat sie zu beweisen (vgl. oben S. 6 Nr. 18).

2. Das **ältere** Recht dehnte den Satz auch auf Speziesobligationen aus. Das ist für alle vor dem 1. Januar 1900 entstandene Schuldverhältnisse maßgebend. Nr. 7.

§ 361.

Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen, die an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten.

Entw. I § 332, II § 353; Denkschr. I S. 200, 201, II S. 3237; A. D. H.G.B. Art. 336.

Dieser Auslegungssatz entspricht dem allgemeinen Grundsatz, daß Erfüllungsmodalitäten nach dem Recht des Erfüllungsortes sich richten. Seine praktische Hauptanwendung findet er im Geschäftsverkehr mit dem Auslande, soweit nach den Grundsätzen über Statutenkollision das deutsche Recht maßgebend ist. Im Einzelnen gilt:

1. Ueber den **Erfüllungsort** vgl. das oben S. 56 Bemerkte. Nr. 1.

2. **Währung.** Als vertragsmäßige Währung gilt im Zweifel die Währung des Erfüllungsortes. Drücken die Parteien die in Deutschland zu erfüllende Geldschuld in ausländischer Währung aus, so gilt diese als vertragsmäßige, deshalb hat im Prozeß der Richter auf Leistung in ihr zu erkennen (R.O.H.G. XV S. 330), doch greift nach B.G.B. § 244 Abs. 1 mangels entgegenstehender ausdrücklicher Vereinbarung für den Schuldner das Recht Platz, statt der ausländischen Währung in Reichswährung zu zahlen. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so hat er nach dem Kurswerth, der zur Zahlungszeit für den Erfüllungsort (B.G.B. § 269) maßgebend ist, umzurechnen (B.G.B. § 244 Abs. 2). Ist Zahlung nur in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen (z. B. durch den Zusatz „effektiv" oder dergl.), so bleibt es dabei. Hinsichtlich des Falles der Aenderung der Münzwährung zwischen Abschluß und Erfüllung B.G.B. § 245 (Fall der sogenannten Kouponsprozesse: R.O.H.G. XXIII Nr. 72, XXV Nr. 11, R.G.E. I Nr. 12, 30, VI Nr. 33, XIX Nr. 12). Nr. 2.

3. Da die Währung des Erfüllungsortes im Zweifel die vertragsmäßige ist, so kann der Schuldner im Zweifel in jeder Geldsorte, die nach der Währung genommen werden muß, zahlen (also bei Zahlungen in Deutschland in Doppelkronen, Kronen, Thalern unbegrenzt, bei sonstigen Silbermünzen nur bis 20 Reichsmark). Doch kann eine **bestimmte Geldsorte** ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen sein (vgl. R.O.H.S. VI S. 91, 92), vorausgesetzt, daß die Ausbedingung nicht gegen zwingendes Recht verstößt. Nr. 3.

4. **Zeitrechnung.** Verschiedenheit der Zeitrechnung kann in der Kalenderberechnung, so im Verhältnisse zu Rußland (vgl. W.O. Art. 34, R.O.H.G. XV S. 242, 243, VI S. 128), sodann in der Zonenzeiteintheilung (mitteleuropäische ꝛc.) vorkommen. Nr. 4.

5. **Entfernungen.** Nach Prot. S. 590 soll dies für Frachtgeschäfte, bei denen die Fracht nach bestimmten Längenmaßen (Meilen ꝛc.) berechnet wird, von Bedeutung sein. Heute hat es kaum noch Werth. Nr. 5.

6. Das **ältere** Recht (Art. 336 Abs. 1) stimmte überein. Art. 336 Abs. 2 entspricht jetzt B.G.B. § 244 Abs. 2. Nr. 6.

Die Abschließung von Handelsgeschäften insbes. B.G.B. §§ 151, 149.

Denkschr. I S. 192; II S. 3233; A. D. H.G.B. Art. 318—323.

Das alte H.G.B. enthielt in den Art. 318—323 eingehende Vorschriften über die Abschließung von Handelsgeschäften: Von diesen ist aber nur die des Art. 323 in das neue H.G.B. als § 362 übergegangen. Im Uebrigen sind die §§ 145—153 des B.G.B. auch für Handelsgeschäfte maßgebend.

B.G.B. § 145.[1])

Wer einem Anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

[1]) Ueber allgemeine Anerbietungen zum Verkauf siehe Anhang zum zweiten Abschnitt, über Bestimmtheit des Preises bei § 380.

Digitized by Google

§ 146.

Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird.

§ 147.

Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittelst Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.

Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

§ 148.

Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen.

§ 149.

Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet.

§ 150.

Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag.

Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage.

§ 151.

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zu Stande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

§ 152.

Wird ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, ohne daß beide Theile gleichzeitig anwesend sind, so kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zustande, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist. Die Vorschrift des § 151 Satz 2 findet Anwendung.

Digitized by Google

§ 153.

Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gehindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.

I. Die nähere Kommentirung der §§ 145—153 B.G.B. gehört nicht hierher, sondern in die Kommentare über das B.G.B. Ihre Hauptabweichung vom bisherigen Recht bezieht sich auf **den Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages unter Abwesenden**. Nach Art. 321 galt bei unter Abwesenden verhandelten Verträgen als Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben war. Das B.G.B. läßt dagegen den Vertrag grundsätzlich mit dem Zugehen der Annahmeerklärung an den Offerenten zu Stande kommen. Solange das Accept dem Offerenten nicht zugegangen ist, ist der Vertrag noch nicht geschlossen. Doch soll schon die bloße Annahme des Antrages den Vertrag dann zu Stande bringen, wenn die Erklärung der Annahme gegenüber dem Offerenten nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat (B.G.B. § 151). Dahin gehört insbesondere der Fall, daß die Offerte auf sofortiges Handeln des anderen Theiles gerichtet ist (v. Hahn § 13 zu Art. 319, Regelsberger in Endemanns Hdb. II S. 447, Gareis zu § 151 B.G.B., R.O.H.G. XVIII Nr. 70, R.G.E. II S. 44: Antrag auf umgehende Sendung, R.G.E. XXXVI S. 323: Bestellung eines Lotterieloses beim Kollekteur auf Grund vorherigen Zeitungsinserates), ferner der Fall, daß den Offerenten die Antwort schwerlich erreichen wird, wie z. B. wenn der auf dem Wege befindliche Reisende ein Zimmer bestellt (Hölder zu B.G.B. § 151 Nr. 1). Auch der Handelsgebrauch kann bei Offerten unter Kaufleuten in Frage kommen (vgl. z. B. R.O.H.G. XIV S. 301). Nr. 1.

Worin solchenfalls die Annahme liegt, ist unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage zu entscheiden. Erfolgt eine ausdrückliche Annahmeerklärung (z. B. vor dem Notar oder dem vom Offerenten bestimmten Dritten), so bietet der Fall keine Schwierigkeit. Meist wird die Annahme aber durch konkludente Handlungen geschehen [1]) und dann wird es sorgfältiger Untersuchung bedürfen, ob die Handlungen des Oblaten die Aeußerung des endgültigen Annahmewillens darstellen, oder ob sie nur vorbereitend sind und unter der Wahrung freien Rückzuges geschehen sind. Vgl. darüber Planck zu § 151, Kohler im Archiv für b. R. I S. 319 ff., ferner bei H.G.B. § 362. Nr. 2.

Bis wann die Annahme zu geschehen hat, richtet sich gleichfalls nach den Umständen des Falles. Meist wird auf sofortige Annahme gerechnet (Staub, Exkurs zu § 361 Anm. 61). Zu weit aber geht es, wenn Hölder schlechtweg die unter Verzicht auf Antwort ergangene Aufforderung zu einer Leistung für bis zum Beginn ihrer Befolgung widerruflich erachtet. Nr. 3.

II. Nach Art. 319 Abs. 2 des alten H.G.B. hatte das verspätete Eintreffen des rechtzeitig abgesandten Acceptes zur Folge, daß der Vertrag nicht zu Stande kommt, wenn der Offerent ohne Verzug nach dem Eintreffen des Acceptes von seinem Rücktritt von der Offerte Nachricht giebt. Nr. 4.

B.G.B. § 149 stellt den Offerenten noch günstiger. Er verpflichtet, falls das rechtzeitig abgesandte Accept verspätet eintrifft, den Offerenten zur unverzüglichen Anzeige der Verspätung nur dann, wenn er erkennen mußte, z. B. aus dem Poststempel, daß das Accept vom Oblaten rechtzeitig abgeschickt war. Mußte er dies nicht erkennen, so braucht der Offerent nicht unverzüglich die Verspätung dem Acceptanten anzuzeigen, vielmehr treten auch ohne solche Anzeige die Wirkungen des B.G.B. § 150 ein, wonach die verspätete Annahme eines Antrages als neuer Antrag gilt. Liegt dagegen jene Voraussetzung vor und verzögert der Offerent die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet, der Vertrag ist also zu Stande gekommen mit dem Eintreffen des Acceptes beim Offerenten. Die Beweislast, daß das Accept rechtzeitig abgeschickt war

---

[1]) Die Frage wird von praktischer Bedeutung besonders dann, wenn die bestellte Waare vom gemäß § 151 annehmenden Kaufmann geschickt wird und sich als nicht vertragsmäßig herausstellt oder wenn die beigegebene Faktura Abweichungen von der Bestellung ergiebt. Hierin wird keine neue Offerte des Sendenden, sondern eine vertragswidrige Ausführung liegen. Vgl. Hanausek, Fakturen S. 78 ff.

Digitized by Google

und daß der Offerent dies hätte erkennen müssen, trifft den Acceptanten. Umgekehrt hat der Offerent, wenn dies bewiesen ist, nachzuweisen, daß er unverzüglich die Anzeige der Verspätung gemacht habe, a. A. Cosack S. 133. Daß diese Anzeige dem Acceptanten zugegangen sei, braucht er nicht zu beweisen, die Gefahr des Transportes trifft den Acceptanten (Planck zu § 149 Nr. 2, 3).

§ 362.

Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von Jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von Jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

Auch wenn der Kaufmann den Antrag ablehnt, hat er die mitgesendeten Waaren auf Kosten des Antragstellers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne Nachtheil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

Entw. I § 333, II § 354; Denkschr. I S. 201, II S. 3237; Komm.Ber. S. 3925, 3926; A. D. H.G.B. Art. 323.

Vorbemerkung. Zwei Sonderbestimmungen gegenüber dem B.G.B. enthält § 362. Die eine mißt dem Schweigen auf einen Antrag die Bedeutung des Acceptes bei, wo ihm solche Bedeutung nach bürgerlichem Recht nicht ohne Weiteres zukommt, die andere legt dem Nichtacceptanten einer Offerte Pflichten auf, die ihm nach bürgerlichem Recht nicht obliegen. Beide Bestimmungen beziehen sich nur auf einem Abwesenden gemachte Anträge.

Nr. 1. 1. **Schweigen ist Annahme des Antrages.** Die Annahme kann nach bürgerlichem Recht durch ausdrückliche Erklärung oder durch schlüssige Handlungen, z. B. Gebrauch oder Verbrauch der übersandten Waaren, erfolgen (vgl. im Einzelnen Planck zu § 151 Nr. 4). Stillschweigen gilt nach bürgerlichem Recht als Annahme nur da, wo nach dem Gesetz (z. B. B.G.B. § 496 Satz 2, Kauf auf Probe — § 516 Abs. 2 Schenkung, vgl. ferner §§ 568, 625 — Fortsetzung des Mieths- oder Dienstverhältnisses) oder nach der Verkehrssitte ihm solche Bedeutung beizumessen ist. Nach der Verkehrssitte hat die Unterlassung der Erklärung als Annahme zu gelten, wenn nach den Grundsätzen von Treu und Glauben der Offerent sie als solche auffassen darf. Die bei Verträgen unter Kaufleuten nach § 346 an Stelle der Verkehrssitte tretenden Handelsgebräuche statuiren eine generelle Pflicht zur alsbaldigen Erklärung auf eine Offerte mit dem Präjudiz der Annahme ebenfalls nicht (R.O.H.G. I Nr. 22, II Nr. 19, XII Nr. 1, 32, XIV Nr. 4), vielmehr dient ihre Berücksichtigung lediglich zur psychologischen Grenzfeststellung der hier naturgemäß verstärkten bona fides im Sinne des B.G.B. § 157. Vgl. bei § 346 Nr. 7.

Nr. 2. An diesen Sätzen ändern auch B.G.B. §§ 663, 675 nichts. Sie verpflichten Denjenigen, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich angestellt ist oder dazu sich öffentlich oder einzelnen Personen gegenüber erboten hat, zwar generell zur unverzüglichen Mittheilung der Ablehnung von auf solche Besorgungen gerichteten Offerten, aber die Nichtinnehaltung dieser Vorschriften zieht zunächst nur Schadensersatzpflicht nach sich (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 530), dem Schweigen ist das Präjudiz der Genehmigung nicht unterschiedslos beigelegt (Planck zu § 663 Nr. 4). Möglich ist freilich, daß nach allgemeinen Grundsätzen der bona fides auch hier im Schweigen die Annahme liegt (Oertmann zu § 663 Nr. 1 b).

Nr. 3. Darüber hinausgehend **knüpft § 362 an das Schweigen auf eine Offerte die Folge der Annahme** unter folgenden Voraussetzungen:

a) Der Schweigende muß ein **Kaufmann** (auch ein Minderkaufmann) sein. Ein Nichtkaufmann kann nicht Passivbetheiligter des § 362 sein, auch wenn er mit einem Kaufmann in einer Beziehung steht, die unter § 362 fällt. Wie weit in seinem Schweigen Annahme liegt, entscheidet sich nach bürgerlichem Recht.

Digitized by Google

b) Nicht **jeder** Kaufmann fällt unter § 362. Vielmehr sind die beiden Sätze des Absatz 1 zu scheiden. Nr. 4.

α) Satz 1 des Absatzes 1 spricht nur von solchem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt. Diese Einschränkung erfolgte erst in der Kommission des Reichstages, während Entw. I (§ 333) und Entw. II (§ 354) gleich dem A. D. H. G. B. jeden Kaufmann der Bestimmung unterstellte. **Besorgung von Geschäften für Andere** im Sinne dieser Stelle ist nicht identisch mit Abschluß von Geschäften mit Anderen, sonst würde jeder Kaufmann unter § 362 fallen. Vielmehr muß es sich um die Eingehung von Dienst- und Werkverträgen oder verwandten Verträgen (dagegen nicht reinen Aufträgen) handeln, bei denen die Dienstleistung, beziehungsweise das Werk in einer Geschäftsbesorgung (z. B. Vermittlung, Abschluß, Ausführung eines Rechtsgeschäfts) besteht. Dahin gehören die Thätigkeiten des Mäklers, Kommissionärs, Spediteurs (Komm.Ber. S. 3926), ferner die Thätigkeiten von Auktionatoren, Agenturbureaus, auch von Bankiers (Einkassirungen von Koupons, Umtausch von Werthpapieren u. s. w.). Meist wird das zu besorgende Geschäft ein Rechtsgeschäft sein, doch wäre es zu weit gegangen, mit Staub § 362 Anm. 2 ff. nur auf solche Fälle den § 362 zu beschränken. Der Schwerpunkt liegt weniger im Worte „Geschäft", als in der Besorgung „für Andere", die Hülfspersonen des Handelsstandes sollen von der Bestimmung getroffen sein, ob ihre Hülfsthätigkeit im gegebenen Falle eine thatsächliche oder rechtsgeschäftliche ist, ist nicht unbedingt maßgebend. So würde m. E. der einem Reisebureau ertheilte Auftrag zur Zusammenstellung eines Rundreisebillets hierher fallen können (a. A. Staub § 362 Anm. 4), nicht minder Auskunftsertheilungen. Die sich an B. G. B. §§ 662, 675 knüpfende Kontroverse trifft den § 362 überhaupt nicht unmittelbar (Dernburg, b. R. II § 295. Vgl. auch R. G. bei Seuffert LVI Nr. 82).

Die Besorgung von Geschäften für Andere kann alleiniger Gegenstand des betreffenden Gewerbes sein, wie beim Kommissionär, Spediteur, oder sie kann in dem Gewerbe mitunterlaufen, wie beim Bankier. Nur darf sie nicht ein außergewöhnlicher Hergang für das Gewerbe sein. — Die Geschäfte selbst, die besorgt werden, brauchen für den Anderen nicht Handelsgeschäfte zu sein.

β) Satz 2 des Absatzes 1 spricht von jedem Kaufmann. Erbietet sich ein Kaufmann Jemandem gegenüber zur Besorgung von Geschäften gewisser Art und geht ihm ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von dem zu, dem gegenüber er sich erboten hat, so liegt in seinem Schweigen Annahme. Auch hier muß es sich um eine eminente Hülfsthätigkeit kommerzieller Art handeln. Nr. 5.

c) **Der Andere** (der nicht Kaufmann zu sein braucht) **muß mit dem Kaufmann in** (längerer oder kürzerer) **Geschäftsverbindung stehen oder es muß ihm gegenüber der Kaufmann sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten haben.** Geschäftsverbindung liegt nicht schon dann vor, wenn er mit ihm früher gelegentlich einmal ein Geschäft abgeschlossen hat. Es muß vielmehr ein wirkliches „Band" vorhanden sein, auch darf dieses nicht abgebrochen sein (Burchard, Recht der Spedition, S. 83). Daß die Geschäftsverbindung sich bisher auf die Besorgung derartiger Geschäfte bezogen hat, ist nicht nothwendig. Z. B. kann der Geschäftsfreund des Bankiers bis dahin nur Depotkunde gewesen sein und dem Bankier eines Tages Einkaufskommissionen ertheilen. Es genügt, wenn nach dem Gewerbebetrieb des Kaufmanns die Erstreckung der bisherigen Verbindung auf derartige Geschäfte gegeben ist (vgl. Prot. S. 582). Das Erbieten des Kaufmanns muß dem Anderen gegenüber erfolgt sein, ein bloß öffentliches Erbieten, z. B. durch Zeitungsinserate, genügt nicht (hier würde B. G. B. § 663 eingreifen), dagegen genügt bereits Zusendung eines öffentlichen Cirkulars seitens des Kaufmanns an ihn. Das Erbieten muß sich auf die Besorgung solcher Geschäfte richten, sei es allein oder doch mit auf deren Besorgung. Nr. 6.

d) **Der Andere muß dem Kaufmann einen Antrag zugehen lassen.** Läßt der Kaufmann, z. B. der Kommissionär, dem Anderen einen Antrag zugehen, so greift § 362 auch dann nicht Platz, wenn der Andere ein Kaufmann ist (R. O. H. G. I Nr. 22). Zugegangen ist der Antrag dann, wenn der Kaufmann in die Lage gesetzt ist, davon Kenntniß zu nehmen (vgl. Planck S. 164, 165). Daß er davon wirklich Kenntniß nimmt, ist nicht nothwendig (a. A. Cosack S. 135). Nr. 7.

e) **Der Antrag des Anderen muß sich auf die Besorgung solcher Geschäfte richten.** Macht der Andere dem Kaufmann eine Offerte, z. B. zum Abschluß eines Kauf-, Darlehns-, Fracht- oder Miethsvertrages, zum Accept eines Wechsels, so gilt Nr. 8.

Digitized by Google

§ 362 nicht (R.O.H.G. VII S. 338, Bolze III Nr. 698, Busch XIV S. 456, XXII S. 368). Dagegen steht nichts im Wege, daß das Geschäft sich nachträglich in einen Kaufvertrag verwandelt.

Nr. 9. f) Will der Kaufmann den Antrag ablehnen, so muß er **unverzüglich** (nicht sofort, vgl. Prot. S. 1363) **antworten.** Im Börsenverkehr wird regelmäßig telegraphische Ablehnung, zumal bei Kommissionen, geboten sein, damit der Kommittent sich nach einem anderen Kommissionär umsehen kann (Staub § 384 Anm. 11). Verzögert er nach erfolgter Ueberlegung schuldhaft die Antwort, so gilt er als genehmigend. Trifft ihn dagegen bei der Verzögerung keine Schuld, so kann sein Schweigen nicht als Annahme gelten. Seiner Pflicht hat er mit unverzüglicher Absendung genügt, die Verzögerung auf dem Transporte trifft ihn nicht, falls die Absendung eine ordnungsgemäße ist.

Nr. 10. g) Hat der Kaufmann einmal bestimmt abgelehnt, so ist er auf wiederholte Bitte nicht zur Antwort verpflichtet, sein Schweigen kann dann nicht als Annahme gelten (R.O.H.G. V Nr. 37). Anders, wenn auf sein bedingtes Accept der Offerent eine neue Erklärung abgiebt, hier würde dann das Präjudiz des § 362 Anwendung finden (B.G.B. § 150 Abs. 2, R.O.H.G. XI Nr. 132).

Nr. 11. h) Der § 362 enthält keine Bestimmung darüber, ob der Kaufmann verpflichtet ist, den Antrag anzunehmen. Hierüber entscheidet das zu Grunde liegende Verhältniß (R.O.H.G. XV S. 281, Bolze XII Nr. 390).

Nr. 12. 2. **Schadensbewahrungspflicht des ablehnenden Kaufmanns.** Unter den oben erörterten Voraussetzungen hat der Oblat bei Ablehnung des Antrages die nach bürgerlichem Recht ihm nicht obliegende weitere Pflicht, mitgesendete Waaren (oder Werthpapiere) einstweilen vor Schaden zu bewahren. Darin liegt, daß er die Waaren dem Frachtführer abnehmen und für deren Unterbringung bei sich oder in einem öffentlichen Lagerhaus oder bei einem Dritten sorgen (Prot. S. 581, 582), sowie überhaupt alle Maßregeln treffen muß, um den Waaren drohenden Schaden abzuwenden (z. B. Trockenlegung, Auseinandernehmen). Zum Verkauf der Waare ist er nicht verpflichtet.[1]) Weiter zu gehen und ihm auch für andere Fälle, als den der Sendung von Waaren zur Schadensbewahrung gegenüber dem Antragsteller zu verpflichten (Staub § 362 Anm. 17), geht angesichts der Fassung dieser Ausnahmebestimmung nicht an.

Nr. 13. Die Schadensbewahrungspflicht ist nur eine **einstweilige,** sie hört mit dem Moment auf, in dem bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang die Verfügung des von der Ablehnung benachrichtigten Antragstellers über die Waare erfolgen mußte. Sie greift überhaupt nicht Platz, wenn der Offerent von vornherein für den Fall der Ablehnung Verfügungen mit Bezug auf die Waare getroffen hatte; hat der Antragsteller einen Vertreter am Platze, so genügt, daß der Oblat diesen benachrichtigt.

Nr. 14. Die Schadensbewahrungspflicht tritt nur insoweit ein, als es **ohne Nachtheil** (z. B. Gefahr der Ansteckung) **für den Oblaten** geschehen kann. Die erforderlichen Handlungen gehen auf Kosten des Offerenten, und für die Bestreitung der Kosten muß der Oblat gedeckt sein, ungedeckt braucht er nicht in Vorschuß zu gehen. Die Deckung kann indessen schon in der Waare liegen (Prot. S. 582), da an dieser dem Oblaten das Zurückbehaltungsrecht zusteht (B.G.B. § 273 Abs. 2).

Nr. 15. Will der Kaufmann die Waare in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederlegen, so bedarf er dazu keiner gerichtlichen Bewilligung. Er kann übrigens auf Zurücknahme seitens des Antragstellers klagen (R.O.H.G. VII S. 356).

Nr. 16. 3. Das ältere Recht (Art. 323) stimmte im Wesentlichen überein, nur fand es die Niederlegung der Waaren bei einem Dritten an gerichtliche Anordnung.

§ 363.

Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Werthpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können

---

[1]) Bei Werthpapieren hätte er die entsprechenden Maßregeln zu treffen. Hat er z. B. als Kommissionär Tratten zur Einkassirung bekommen, so hat er die erforderliche Präsentation und den Protest vorzunehmen, um der Präjudizirung vorzubeugen (Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 89). Auch die Rechte gegen Frachtführer oder Schiffer wird er zu wahren haben (Burchard, Recht der Spedition S. 93).

Digitized by Google

durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten. Dasselbe gilt von Verpflichtungsscheinen, die von einem Kaufmann über Gegenstände der bezeichneten Art an Order ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.

Ferner können Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten sowie Bodmereibriefe und Transportversicherungspolizen durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten.

Entw. I § 335, II § 355; Denkschr. I S. 203—206, II S. 3238, 3239, Komm.Ber. S. 3926; A. D. H.G.B. Art. 300—302, 304.

Nr. 1. 1. Die in den §§ 363—365 enthaltenen Normen betreffen **kaufmännische Orderpapiere**, d. h. einmal nur Orderpapiere, also weder Rektapapiere noch Schuldverschreibungen auf Inhaber; sodann nur kaufmännische Orderpapiere, d. h. solche echten Orderpapiere, bei denen die Leistung durch einen Kaufmann erfolgen soll. Sie stellen fest, welche Urkunden die Eigenschaft von Orderpapieren erwerben können und welche Wirkungen der erworbenen Eigenschaft entspringen. Aber sie wollen (abweichend vom älteren Recht) nur diejenigen Wirkungen ordnen, welche aus dem konkreten Werthpapier in seiner Eigenschaft als **Orderpapier** entspringen, die sonstige Regelung der Rechtsverhältnisse aus derartigen Urkunden überlassen sie dem allgemeinen Recht, demnach das Recht der Anweisungen, insbesondere die Form und Wirkung des Acceptes, die Verjährung der Klage gegen den Acceptanten, die Verhältnisse zwischen Angewiesenen und Anweisenden sowie zwischen Assignatar und Assignanten dem B.G.B. §§ 783—791 (vgl. darüber Dernburg b. N. II § 237 ff.), das Recht der abstrakten Verpflichtungen dem B.G.B. §§ 780—782, H.G.B. §§ 350, 351, das Recht der Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine, Bodmereibriefe den diesbezüglichen Abschnitten des H.G.B. (vgl. die §§ 645—661, 446—450, 424, 688, 689), das Recht der Transportversicherungspolizen theils dem Partikularrecht (E.B.G.B. Art. 75, theils dem H.G.B. § 899). — Sie betreffen ferner nur die **kaufmännischen** Orderpapiere. Daneben giebt es kraft Reichsrechts andere Klassen von Orderpapieren. So wird der Wechsel durch die Wechselordnung, die Namensaktie und der Interimsschein durch die §§ 222—224 des H.G.B. geregelt; hierhin können auch indossable Antheilscheine von oktroirten Kolonialgesellschaften gehören. Das Landesrecht kann endlich, soweit seine Kompetenz reicht, Urkunden die Wirkungen von echten Orderpapieren ertheilen, insbesondere Checks auf Nichtkaufleute (E.H.G.B. Art. 17), Lagerpfandscheinen (vgl. E.H.G.B. Art. 16). Dagegen kann es nicht allgemein indossable Anweisungen zulassen. Die Vorschriften des bremischen E.G. zum A. D. H.G.B. § 30 und des Hamburger E.G. zum A. D. H.G.B. sind beseitigt (vgl. auch Art. 21 des E.H.G.B.).

Nr. 2. 2. **Sieben Klassen von kaufmännischen Orderpapieren zählt § 363 auf.** Die Zahl entspricht dem alten H.G.B. (Art. 301, 302), doch gleichen die einzelnen Klassen des neuen Rechts nicht völlig denen des alten Rechts. Für alle sieben Klassen ist nothwendig, daß sie auf Order lauten, d. h. sie müssen (im Gegensatz zum Wechsel und zur Namensaktie) so gefaßt sein, daß klar der Wille des Ausstellers erhellt, es soll eventuell statt an eine bestimmte Person an eine andere von dieser zu bestimmende Person die Leistung erfolgen (Brunner in Endemanns Hdb. II S. 188, R.O.H.G. XXI Nr. 30). Die Worte „an Order" oder „an N.N. oder rechtmäßigen oder getreuen Inhaber" (R.O.H.G. XXIII Nr. 96) drücken dies am klarsten aus. Aber auch aufgedruckte Vermerke, daß ein Indossament zulässig sei und dgl. genügen. Nothwendig ist aber, daß das Papier selbst die Orderqualität angiebt; außer der Skriptur stehende Vermerke genügen nicht.[1]) Lautet speziell die Anweisung „an die eigene Order" des Anweisenden, so ist freilich dadurch die Orderqualität der Anweisung genügend gekennzeichnet, im Uebrigen hat solche Klausel keine selbständige rechtliche Bedeutung, erster An-

[1]) Ob eine sich „Wechsel" nennende Urkunde, die als Tratte unförmlich ist, als Anweisung im Sinne des § 363 aufrecht erhalten werden kann, hängt von dem besonderen Fall ab. Wollte der Aussteller nur einen Wechsel schaffen, so ist der unförmliche Wechsel auch keine Anweisung, vgl. unten Nr. 4.

Digitized by Google

weisungsempfänger wäre die Order des Anweisenden und erst diese könnte ihrerseits indossiren. Daraus folgt, daß die eigene Order nie im Wege des Blankoindossaments angegeben werden könnte, denn der Anweisungsempfänger muß eine bestimmte Person sein. Das auf ihn gestellte Indossament wäre gar kein Indossament, sondern der Begebungsskripturakt (vgl. v. Hahn § 6 zu Art. 301). Anweisungen der einen Kommandite auf die andere siehe R.O.H.G. XX S. 34. — Die einzelnen Klassen sind:

Nr. 3. a) **An Order lautende Anweisungen auf einen Kaufmann, in denen nicht die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.** Der Begriff der Anweisung entspricht dem B.G.B. § 783. Nur schriftliche Anweisungen über die Leistung von Geld, Werthpapieren oder anderen vertretbaren Sachen kommen in Frage. Die Anweisung muß also über fungible Leistungen lauten. Anweisungen über Leistungen von Werthpapieren fallen folglich nur dann unter § 363, wenn die Werthpapiere fungibel sind (Banknoten, Partialobligationen, Aktien auf Inhaber oder Order), dagegen nicht, wenn sie reine Rektapapiere sind oder wenn ein bestimmtes Stück der Nummer nach angegeben ist (anders, wenn zwar auch Nummern angegeben, dabei aber die Lieferung anderer Papiere derselben Art zugelassen ist — v. Hahn § 2 zu Art. 301). Die Anweisung kann über Leistung einer oder mehrerer Arten fungibler Sachen (Geld und Banknoten) und letzterenfalls über kumulative oder alternative Leistung, über Leistung einer bestimmten oder unbestimmten Menge (z. B. wiederkehrende, ihrer Höhe nach unbestimmte Leistungen) lauten. — Der Angewiesene muß ein Kaufmann sein, gleichgültig ob Vollkaufmann oder Minderkaufmann, denn durch das bezweckte Accept des Angewiesenen wird sie zur kaufmännischen Anweisung. Ist der Angewiesene Nichtkaufmann, so liegt eine kaufmännische Anweisung auch dann nicht vor, wenn der Anweisende Kaufmann ist. Ueberhaupt ist es gleichgültig, ob der Anweisende oder der Anweisungsempfänger Kaufleute sind oder nicht. Kaufmann muß der Angewiesene ferner sein zur Zeit der Begebung des Papieres an den ersten Anweisungsempfänger, auch dann, falls das Accept vor der Begebung erfolgt, denn erst mit der Begebung nach B.G.B. § 784 Abs. 2 wird das Accept gegenüber dem Anweisungsempfänger wirksam. Nachträglicher Verlust der Kaufmannseigenschaft schadet nicht (Argument B.G.B. § 791). Nachträglicher Erwerb der Kaufmannseigenschaft kann für die Zukunft die Anweisung zur kaufmännischen machen, falls das Accept noch ausstand und nun erst erfolgt. — Die Anweisung kann bedingt (R.O.H.G. XXIV Nr. 61, Bolze I Nr. 947) und unbedingt sein, nur darf sie selbst die Leistung des Angewiesenen nicht von einer Gegenleistung abhängig machen („Zahlen Sie gegen Lieferung"), anderenfalls würde die Anweisung die Indossabilität verlieren. Nicht steht im Wege, daß außerhalb der Anweisung solche Abhängigmachung erfolgt (durch Avisschreiben). — Die Anweisung kann einen Verpflichtungsgrund angeben und kann abstrakt gehalten sein, sie kann sonstige Klauseln (Valuta-, Deckungs-, Avisklauseln) enthalten.

Nr. 4. b) **Kaufmännische Verpflichtungsscheine unter den gleichen Voraussetzungen.** Unter Verpflichtungsscheinen sind nur dispositive Schuldurkunden, nicht bloße Beweisurkunden (einfache Schuldscheine) zu verstehen. Daß die Urkunde sich als dispositive Schuldurkunde durch bestimmte Klauseln („Gegen diesen Schein zahle ich", „durch diesen Schein verpflichte ich mich", vgl. R.G.E. XXXII S. 82) angiebt, ist nicht nothwendig. Es genügt, daß erhellt, es solle eine dispositive Urkunde vorliegen (R.G.E. XXXII S. 82). Als Wechsel gemeinte Urkunden, die unförmlich, verjährt oder präjudizirt sind, können nicht als Verpflichtungsscheine geltend gemacht werden (R.O.H.G. V Nr. 56, IX Nr. 104, XVIII Nr. 50, R.G.E. VIII Nr. 8), anders, wenn der Aussteller trotz der Bezeichnung „Wechsel" einen Verpflichtungsschein im Sinne hat; doch ist die Judikatur sehr schwankend. Vgl. Bernstein, W.O. Art. 7 § 1. — Der Aussteller muß ein Kaufmann sein und zwar zur Zeit der Begebung an den ersten Gläubiger (wichtig bei Klausel an eigene Order, weil hier erst mit der Indossirung seitens des Aussteller-Remittenten die Begebung in diesem Sinne stattfindet), nachheriger Verlust der Kaufmannseigenschaft ist bedeutungslos. Auch muß er den Verpflichtungsschein als Kaufmann ausstellen, doch wird dies so lange angenommen, als nicht aus der Urkunde sich das Gegentheil ergiebt (§ 344 Abs. 2). Ergiebt sich aus der Urkunde das Gegentheil, so liegt kein kaufmännischer Verpflichtungsschein im Sinne des § 363 vor (a. A. Staub § 363 Anm. 19). Wer der benannte Gläubiger ist, ist gleichgültig. — Auch der Verpflichtungsschein kann bedingt (R.O.H.G. XXIV Nr. 61, Bolze X Nr. 386) oder unbedingt sein, ein indi-

Digitized by Google

viduelles[1]) (R.O.H.G. VIII Nr. 106, R.G.E. XII Nr. 21, XIV S. 101, XXXII S. 82, O.L.G. München in Z. XXXV, 261) oder abstraktes Zahlungsversprechen, das Valutabekenntniß oder sonstige Erklärungen enthalten (R.G.E. XII S. 98), nur darf er nicht die Leistung von einer Gegenleistung abhängig machen. — Die Orderklausel muß vom kaufmännischen Aussteller, nicht von einem Dritten hinzugefügt sein.

Besonders wichtige Anwendungsfälle dieser Verpflichtungsscheine sind die Prioritätsobligationen von Aktiengesellschaften oder Genossenschaften, die, um der für Inhaberpapiere nothwendigen staatlichen Genehmigung (B.G.B. § 795) zu entgehen, nicht auf Inhaber, sondern auf Order lautende, in blanco indossable Verpflichtungsscheine emittiren (R.G.E. XII Nr. 21, O.L.G. Dresden in Z. XLIII S. 355).

c) **Konnossemente der Seeschiffer** (§§ 642, 643), wenn sie an Order lauten. Nr. 5. Daß sie an Order lauten, kann der Ablader beanspruchen (§ 644). Die Order kann die des Empfängers oder die des Abladers sein (§ 644) und ist letztere, wenn das Konnossement lediglich an Order gestellt wird.

d) **Ladescheine der Frachtführer** (§ 444 ff.), wenn sie an Order lauten. In Nr. 6. dieser Beziehung gilt das Gleiche wie bei den Konnossementen, nur kann der Absender nicht verlangen, daß der Ladeschein an Order lautet. Vgl. Binnenschiffahrtsgesetz § 72.

e) **Lagerscheine** (darüber bei § 424). Nicht die Lagerscheine sämmtlicher Nr. 7. Lagerhalter sind indossabel, sondern nur diejenigen Lagerscheine, welche von staatlich zur Ausstellung indossabler Lagerscheine ermächtigten Anstalten ausgegeben sind. Auch sind diese nicht gesetzliche Orderpapiere, sondern sie müssen an Order lauten. Wiedersprechende Bestimmungen von Landesrechten treten außer Kraft, dagegen bleiben ergänzende landesgesetzliche Vorschriften unberührt (Art. 16 des E.H.G.B). Gänzlich unberührt bleiben die etwaigen landesgesetzlichen Vorschriften über besondere Lagerpfandscheine (Warrants), so des bremischen Gesetzes vom 13. Mai 1877 §§ 3, 4 ff. und die in Elsaß-Lothringen geltenden französischen Gesetze vom 28. Mai 1858 nebst Dekreten vom 12. März 1859 und 21. August 1870 (Rießer, Zur Revision S. 176).

f) **Bodmereibriefe** (§ 682), wenn sie an Order lauten. Auf Stellung des Nr. 8. Bodmereibriefes an Order hat der Bodmereigeber ein Recht (§ 684).

g) **Transportversicherungspolizen**, gleichgültig ob es sich um See- oder Nr. 9. Binnentransportversicherung handelt, falls sie an Order lauten. Entgegenstehende Bestimmungen des Partikularrechts treten trotz E.B.G.B. Art. 75 außer Kraft. Dagegen gehören nicht hierher sonstige Versicherungspolizen, sie können durch landesrechtliche Vorschrift für indossabel erklärt werden.

3. **Diese sieben Klassen von Werthpapieren können, wenn sie an Order lauten, durch Indossament übertragen werden** und zwar nicht bloß vom ersten Erwerber an Nr. 10. einen zweiten, sondern auch von diesem weiter an einen dritten u. s. f., keiner von den Indossanten kann die Weiterübertragbarkeit ausschließen, denn diese haftet dem Papier einmal an. Art. 15 der Wechselordnung hat hier keine Anwendung. Das Indossament ist ein echtes Indossament. — Fehlt die Orderklausel, so ist die Indossirbarkeit beseitigt. Wieweit das trotzdem auf das Papier gesetzte Indossament sich als gewöhnliche Abtretung aufrecht erhalten läßt, regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Meist wird man es nach den Grundsätzen von der Konversion der Rechtsgeschäfte (B.G.B. § 140) aufrecht erhalten können. — Ob bei sonstigen Papieren das Indossament als vereinfachte Legitimationsform zulässig ist, regelt sich nach dem maßgebenden Recht, z. B. für Reichsbankantheilscheine nach dem Statut der Reichsbank vom 21. Mai 1875 §§ 4, 5, für unter der Herrschaft des bisherigen Rechts ausgegebene Namensaktien nach den Art. 182, 183 A. D. H.G.B. (vgl. R.G.E. XXII S. 183), für Versicherungspolizen nach dem Landesrecht (vgl. Prot. S. 4568). Vgl. vor Allem Brunner in Endemann's Hdb. II. S. 190, 191.

Die Uebertragung durch Indossament kann übrigens bei Anweisungen vor dem Accept erfolgen (vgl. B.G.B. § 792 Abs. 1).

4. Das ältere Recht (Art. 300—302, 304) wich in mannigfachen Beziehungen ab: Nr. 11.

a) Die Art. 300, 301 Abs. 3 enthielten Vorschriften über die verbindliche Kraft der Annahme einer auf einen oder von einem Kaufmann ausgestellten Anweisung,

---

[1]) Der Kaufmann bekennt sich z. B. als Schuldner aus Darlehn, aus Kauf u. s. w. Er ist dann auch Schuldner aus Darlehn, Kauf ꝛc. und nicht aus einem selbständigen Verpflichtungsgrund, wie Staub § 363 Anm. 18 annimmt, die Konsequenz, die Staub § 363 Art. 28 hinsichtlich der Verjährung zieht, trifft nicht zu. Vgl. bei § 364.

Digitized by Google

welche über das B.G.B. (§§ 784, 783) hinausgingen, insofern sie Schriftlichkeit nicht verlangten und den Leistungsgegenstand nicht auf Geld, Werthpapiere und vertretbare Sachen beschränkten. Sie behalten Kraft für alle vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Accepte. K. Lehmann in Z. XLVIII S. 107 Anm. 175.

b) Nach altem Recht waren indossabel von Kaufleuten ausgestellte Anweisungen, während umgekehrt auf Kaufleute von Nichtkaufleuten gezogene Anweisungen höchstens nach Landesrecht indossabel waren (Art. 301, 304). Ueber die Anwendbarkeit des neuen Rechts hierin K. Lehmann in Z. XLVIII S. 102, 103.

c) In mehreren Bundesstaaten war die Ausstellung indossabler Anweisungen in weit größerem Umfange zugelassen (Bremisches Einf.Ges. zum A. D. H.G.B. § 30, Hamburg. Einf.Ges. § 30 Abs. 1, Bayer. Einf.Ges. Art. 47 in Verbindung mit dem bayer. Gesetz vom 29. Juni 1851 u. a.). Diese Vorschriften sind für die Zukunft beseitigt (Art. 21 des E.H.G.B.). Aber für die einmal ausgestellten und begebenen Anweisungen bleibt das alte Recht weiter maßgebend.

Ebenso konnte nach altem Recht (Art. 304) das Landesrecht überhaupt andere Urkunden für indossabel erklären, was für die Zukunft fortfällt (vgl. jedoch für die Lagerscheine Art. 16 des E.H.G.B.). Die nach Landesrecht vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten und begebenen Urkunden behalten ihre Indossabilität.

d) Das alte H.G.B. erklärte nur an Order lautende Seeassekuranzpolizen für indossabel (Art. 302). Für vor dem 1. Januar 1900 begebene Binnentransportversicherungspolizen bleibt das alte Recht weiter maßgebend.

§ 364.

Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossirten Papier auf den Indossatar über.

Dem legitimirten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der quittirten Urkunde zur Leistung verpflichtet.

Entw. I § 336, II § 356; Denkschr. I S. 206, II S. 3239; A. D. H.G.B. Art. 303.

Der § 364 giebt das materielle Recht der Orderpapiere wieder, enthält also die eigentliche sedes materiae dieser drei Paragraphen. Drei Wirkungen behandelt er: die Transportfunktion des Indossaments, den Ausschluß der Einreden (Skripturobligation) und die Eigenschaft des Orderpapieres als Präsentationspapier.

Nr. 1. 1. **Transportfunktion des Indossaments.** Diese normirt Abs. 1 in wörtlicher Anlehnung an Art. 10 Satz 1 der Wechselordnung. Das Indossament überträgt alle Rechte aus dem indossirten und begebenen Papiere, nicht also bloß die Rechte des Indossanten, dessen Rechtsnachfolger der Indossatar gar nicht zu sein braucht (vgl. § 365 Abs. 1). Gegen den Schuldner macht der Indossatar seine Skripturrechte geltend, weil der Schuldner sich verpflichtet hat, nicht bloß dem Empfänger der Urkunde, sondern auch dessen Order zu leisten, also auf Grund einer unmittelbaren obligatorischen Rechtsbeziehung zum Schuldner, mag man diese aus einem Vertrage zu Gunsten Dritter oder aus einem einseitigen Schuldversprechen herleiten (vgl. Prot. S. 560, R.G.E. IX S. 46). Der Indossatar erwirbt bei den Traditionspapieren übrigens nicht bloß Gläubigerrechte gegen den Schuldner, sondern auch dingliche Rechte an denjenigen Gegenständen, zu deren Herausgabe der Schuldner sich kraft des Papieres verpflichtet hat, nämlich bei Konnossementen, Ladescheinen und Lagerscheinen hat die Uebergabe des indossirten Papieres an den Indossatar für den Erwerb von Rechten an dem Fracht- oder Lagergute dieselben Wirkungen, wie die Uebergabe des Gutes (§§ 424, 450, 647), bei Konnossementen und Ladescheinen tritt diese Wirkung sogar ein, wenn das Papier gar kein Orderpapier ist, sondern auf Namen lautet und an den durch das Papier zur Empfangnahme Legitimirten übergeben wird. Ueber die Konstruktion des Verhältnisses bei § 424.

Digitized by Google

Das Indossament überträgt nur alle Rechte aus dem indossirten Papiere, Nr. 2.
der Uebergang von außer dem Papiere stehenden Rechten, z. B. Pfandrechten, Bürgschaften regelt sich nach bürgerlichem Recht (O.L.G. Dresden in Z. XXXV S. 262). Ist der Wille darauf gerichtet, so kann auch das Nebenrecht, z. B. die Bürgschaft, wie bei der Cession übergehen (R.G.E. XLI Nr. 49). Nach B.G.B. kann für Forderungen aus Orderpapieren nur eine Sicherungshypothek bestellt werden (§ 1187), die Abtretung dieser bedarf aber keiner Umschreibung im Buche, ein Hypothekenbrief ist ohnehin ausgeschlossen (B.G.B. §§ 1187, 1154, 1185).

Die **Garantiefunktion**, die das Indossament beim Wechsel hat, greift hier Nr. 3.
nicht Platz. Ob ein Regreß des Indossatars gegen seinen Vormann möglich ist, richtet sich hier nach dem der Indossirung zu Grunde liegenden Geschäft (z. B. bei Verkauf nach B.G.B. § 437, bei Schenkung nach B.G.B. § 523 Abs. 1, bei datio in solutum nach B.G.B. § 365 u. s. w.). Von Sprungregreß kann hier keine Rede sein (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 564, R.O.H.G. XIII Nr. 103, Adler-Clemens Nr. 474, R.G.E. XLIV Nr. 37, Oertmann zu § 788 Nr. 4, Cosack S. 327). Gleichgültig ist, ob das Indossament vor oder nach dem Fälligkeitstag auf das Papier gesetzt ist, von einem Proteste mangels Zahlung ist hier keine Rede, die Bestimmungen der W.O. Art. 16 finden hier keine Anwendung.

Da das Indossament alle Rechte aus dem indossirten Papier überträgt, so hören Nr. 4.
die bisherigen Rechte des Indossanten damit auf, etwaige Pfandrechte, die nicht mitübergehen sollen, erlöschen (B.G.B. § 1250 Abs. 2). Der Indossant kann sich freilich nachträglich das Orderpapier aufs Neue indossiren lassen, aber damit wird für ihn ein neues Pfandrecht begründet, das frühere Pfandrecht wird nicht etwa nachträglich wieder wach (anders hinsichtlich des den Wechsel im Regreßwege einlösenden Indossanten R.O.H.G. XXIV Nr. 1, aber aus Erwägungen, die nur für den Wechsel zutreffen).

Ein Prokuraindossament im Sinne der W.O. Art. 17 erkennt das H.G.B. Nr. 5.
bei den Orderpapieren nicht an. Wird ein solches auf das Papier gesetzt, so würde nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden sein, ob eine Einkassirungsvollmacht vorliegt (Vollmachtsurkunde im Sinne des B.G.B. § 172). Vgl. dazu Schaps in Z. XLII S. 417—426, vgl. R.G.E. XLI S. 118.

2. **Ausschluß der Einwendungen.** Dieser ist nach dem Vorbilde des B.G.B. Nr. 6.
§§ 784 Abs. 1, 796 geordnet. Während bei Uebertragung gewöhnlicher Forderungen der Schuldner nach B.G.B. § 404 dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, wovon nur die §§ 405 ff. des B.G.B. einzelne Ausnahmen machen, ist der Schuldner aus dem Orderpapier (bei Anweisungen der Acceptant) hier dem legitimirten Besitzer der Urkunde gegenüber nur auf drei Klassen von Einwendungen beschränkt;

a) solche, welche die **Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde** betreffen, Nr. 7.
also z. B. der Einwand der Fälschung der Erklärung, der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Erklärenden, des gesetzlichen Verbotes u. dgl. Bei wesentlichem Irrthum[1]) müssen die Voraussetzungen von B.G.B. § 121 vorliegen. Ferner der Einwand des fehlenden Begebungsvertrages, der im Gegensatz zu den Inhaberpapieren (B.G.B. § 794) hier zugelassen werden muß, weil die Orderpapiere einen Vertrag mit einem bestimmten Gläubiger voraussetzen. Der Einwand der Simulation ist schon nach bürgerlichem Recht unstatthaft, es sei denn, daß der Cessionar bei der Abtretung diesen Sachverhalt kannte oder kennen mußte (B.G.B. § 405). Für die Orderpapiere wird er nur gegenüber dem wissenden Erwerber zuzulassen sein (R.O.H.G. VI S. 61, Grünhut, Wechselrecht § 62);

b) solche, **welche sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben**, d. h. nicht bloß Nr. 8.
diejenigen, welche die Urkunde direkt vorbehält, sondern auch diejenigen, welche sich als gesetzliche Folge des verbrieften Schuldverhältnisses ergeben. Zu den ersteren würden Einwendungen aus hinzugefügten Bedingungen, Befristungen oder sonstigen Beschränkungen oder Vorbehalten zählen, ferner der Einwand der mangelnden Form, zu den letzteren der Einwand der Verjährung (z. B. nach B.G.B. § 786, nach H.G.B.

[1]) Solcher kann nach B.G.B. § 119 nur vorliegen, wenn der die Urkunde Unterschreibende über deren Inhalt im Irrthum war oder eine Urkunde dieses Inhalts nicht unterschreiben wollte; daß er sich über deren Tragweite täuschte oder daß er durch irrthümliche Vorstellungen über außerhalb der Urkunde stehende Rechtsverhältnisse zum Unterzeichnen der Urkunde veranlaßt wurde, kann nicht in Frage kommen.

Digitized by Google

§§ 423, 439, 905), der Einwand der Ungültigkeit oder Unklagbarkeit des angegebenen Verpflichtungsgrundes, vorausgesetzt, daß letzterer nicht bloß enuntiativ angegeben ist und daß die Ungültigkeit bez. Unklagbarkeit sich ohne Weiteres aus der Angabe ergiebt (Oertmann § 796 Nr. 3), der Einwand, daß von Zinsen nicht Verzugszinsen zu entrichten seien (B.G.B. § 289), falls die Urkunde sich als Zinsschein darstellt (R.O.H.G. X Nr. 45), der Einwand des Frachtführers beim Ladeschein, daß er an dem Verlust des Gutes nicht schuld sei u. s. w. (vgl. dazu R.G.E. V Nr. 69 und die dort Citirten). Auch der Einwand, daß der Aussteller des Verpflichtungsscheines, beziehungsweise der Acceptant der Anweisung nicht Kaufmann sei, ist hierhin zu zählen, selbst wenn sich dies aus der Urkunde nicht ergiebt, er hat eine absolute Richtung (a. A. Staub § 364 Anm. 9). Dagegen wäre nicht zulässig der Einwand, daß der angegebene Verpflichtungsgrund in Wahrheit nicht bestand, dem Indossatar steht der Anspruch so zu, als sei der Vorgang, welchen der Schein bekundet, in Wirklichkeit erfolgt (R.G.E. XII S. 99, XIV S. 101);

Nr. 9. c) solche, **welche dem Schuldner unmittelbar gegen den legitimirten Besitzer zustehen.** Gegen den ersten Erwerber der Urkunde stehen dem Schuldner alle Einwendungen aus dem zwischen dem Schuldner und dem Erwerber bestehenden Kausalgeschäft zu oder aus außerhalb der Urkunde zwischen ihnen getroffenen Nebenberedungen nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts oder Handelsrechts, auch dann, wenn der erste Erwerber die Urkunde inzwischen weiter indossirt hatte und sie nachträglich auf sich übertragen ließ (R.O.H.G. I Nr. 17). Dem Cessionar des ersten Erwerbers gegenüber hat der Schuldner gleichfalls alle Einreden, die er gegen den ersten Erwerber besaß, soweit nicht das B.G.B. Ausnahmen aufstellt (§ 405). Denn von den ihm selbst gegenüber bestandenen Einreden des Schuldners befreit er sich durch die Weiterübertragung der Urkunde nicht. — Dem Indossatar gegenüber können dagegen vom Schuldner Einwendungen aus den Rechtsverhältnissen zu den Vormännern nicht erhoben werden, gleichgültig ob solche auf Mängel der zu Grunde liegenden causa, auf Nebenberedungen oder sonstige juristische Thatsachen zurückführen (Bolze VII Nr. 471). Insbesondere braucht sich der Indossatar die Einrede der mangelnden Valuta (R.G.E. XII S. 99, XIV S. 101), der an den Vormann geleisteten, auf der Urkunde nicht quittirten Zahlung, der Aufrechnung, des Erlasses, der Stundung, des Vergleiches, der Ungültigkeit des Kausalgeschäftes auch dann nicht gefallen zu lassen, wenn er zur Zeit des Erwerbes der Urkunde von dem Bestehen solcher Einreden weiß (a. A. Staub, § 364 Anm. 14, der bei Wissen regelmäßig Unredlichkeit annimmt). Nur dann, wenn er mit dem Indossanten kolludirte, um dem Schuldner die Geltendmachung der Einrede abzuschneiden, oder wenn er als lediglich vorgeschobene Person die Interessen des Indossanten wahrnimmt (Inkassomandatar; vgl. dazu R.G.E. IV Nr. 27, XI S. 9, XXIII S. 125 und die verschiedenen Meinungen bei Staub, W.O. Art. 17 § 5 ff., Bernstein, W.O. S. 114, Grünhut, Wechselrecht II § 89), greifen gegen ihn die Einreden Platz (so hinsichtlich des Wechsels R.O.H.G. VI Nr. 1, VII Nr. 33, XI Nr. 40, XV Nr. 8, XXIII Nr. 112 u. a., R.G.E. IV Nr. 27, XI Nr. 2; letztere sehr bedenklich). — Der Cessionar eines Indossatars muß sich dagegen alle Einreden, die gegen den Indossatar begründet waren, vom Schuldner entgegenhalten lassen, soweit nicht B.G.B. § 405 ff., und speziell für die Anweisung B.G.B. § 792 Abs. 3 Ausnahmen macht, und das Gleiche gilt natürlich von dem, der durch Pfändung oder Ueberweisung die Forderung erworben hat, ebenso auch von dem, der ein kaufmännisches Retentionsrecht gemäß § 370 gegenüber dem Schuldner durch Einziehung der Forderung (B.G.B. § 1294) ausübt. Vgl. Staub § 370 Anm. 20. Ist der legitimirte Besitzer in Wahrheit gar nicht Indossatar, z. B. macht er eine gefundene, in blanco indossirte Orderurkunde geltend, so greift der Einwand gegen ihn durch (R.O.H.G. XXV Nr. 17). Im Ganzen ist hier auf Art. 82 der W.O. zu verweisen (vgl. auch Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 699—701). — Einreden, die sich auf persönliche Verhältnisse zwischen dem Schuldner und gerade diesem Indossatar stützen, z. B. die Einrede der Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen diesen Indossatar, sind natürlich zulässig. Hierhin gehört auch die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung aus B.G.B. § 816.

Nr. 10. d) Trotz der allgemeinen Fassung des § 364 in Verbindung mit §§ 363 Abs. 2, 899 Abs. 4 kann bei Transportversicherungspolizen jene weitgehende Ausschließung der Einreden vom Gesetzgeber nicht gemeint sein, da solche dem Wesen des Versicherungsvertrages Gewalt anthun würde; vielmehr müssen die aus dem Versicherungsverhältniß als solchem resultirenden Einwendungen, z. B. der Einwand, daß

Digitized by Google

die Anzeigepflicht verletzt sei, daß die Gefahr unerlaubt erhöht sei, auch gegen den redlichen Indossatar geltend gemacht werden dürfen (vgl. Goldschmidt, System § 161a, V. Ehrenberg, Versicherungsrecht I S. 475, Prot. S. 3579, 3640 ff.).

3. **Präsentationspapier.** Der Schuldner ist bei kaufmännischen Orderpapieren Nr. 11.
nur gegen Aushändigung der Urkunde,[1]) also Zug um Zug, zur Leistung verpflichtet. Die Schuld, auch Geldschuld, ist also abweichend vom B.G.B. § 270 Abs. 1 eine Holschuld, und zwar erfolgt die Abholung in der Form der Präsentation des Papieres. Bietet der Schuldner an, ohne daß der Gläubiger seinerseits das Papier auszuhändigen bereit ist, so kommt letzterer in Verzug (B.G.B. § 298). — Diese Vorschriften entsprechen der W.O. Art. 39 Satz 1 und dem B.G.B. § 797 Satz 1.

Die Quittung hat auf der Urkunde, wie beim Wechsel, zu erfolgen, abweichend von sonstigen Schuldscheinen, bei denen nur Quittung zu ertheilen ist (B.G.B. § 368). Bei Theilzahlungen, soweit sie sich der Gläubiger gefallen lassen muß (vgl. B.G.B. §§ 266, 389), hat der Schuldner das Recht, die Abschreibung der gezahlten Theilsumme auf der Urkunde zu verlangen, da er sonst der Gefahr ausgesetzt ist, dem Indossatar gegenüber den Einwand zu verlieren. Ueber Tragung etwaiger Kosten der Quittirung B.G.B. § 369.

Bei Kraftloserklärung der Urkunde kann der Schuldner Aushändigung des Ausschlußurtheiles und Quittung verlangen.

4. **Verpfändung der Orderpapiere.** Hier greift Platz B.G.B. § 1292: „Zur Nr. 12.
Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossirten Papiers".

Hiernach genügt es, wenn die Pfandbestellung sich in den Formen der fiduziarischen Indossirung des Orderpapieres vollzieht, d. h. wenn das Papier auf den Pfandgläubiger indossirt und ihm eingehändigt wird (constitutum possessorium würde nicht genügen, ebensowenig Uebertragung des mittelbaren Besitzes, vgl. Biermann zu § 1292 Nr. 1). Es kann aber auch der gewöhnliche Weg gewählt werden, daß die Forderung cessionsweise verpfändet wird, wobei freilich das Papier behufs Geltendmachung der Forderung mitübergeben werden muß (Biermann a. a. O.). Im ersteren Falle erscheint der Pfandgläubiger nach Außen als Indossatar, greift also der oben erwähnte Ausschluß der Einreden auch ihm gegenüber Platz (Staub § 368 Anm. 67), im zweiten hat er nur die Stellung eines Cessionars und finden auf ihn die Bestimmungen von B.G.B. § 1275 Anwendung. Einer Anzeige an den Schuldner gemäß B.G.B. § 1280 wird es aber auch im zweiten Falle nicht bedürfen, B.G.B. § 1280 wird hierauf nicht zu beziehen sein. Ein Schutz des guten Glaubens des Pfandgläubigers findet bei cessionsweiser Verpfändung gemäß B.G.B. §§ 1207, 1208, H.G.B. § 366 nicht statt (Biermann zu § 1274 Nr. 2). Was die Befriedigung des Pfandgläubigers betrifft, so ist der Pfandgläubiger auch vor Fälligkeit der Forderung zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten (B.G.B. § 1294). Nach Eintritt der Fälligkeit kann er das Orderpapier, falls es einen Börsen- oder Marktpreis hat, freihändig gemäß B.G.B. § 1221 verkaufen lassen (B.G.B. § 1295). Unbenommen bleibt ihm schließlich auch auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften der C.P.O. § 821 seine Befriedigung zu suchen, was insbesondere dann der Fall sein wird, wenn das Orderpapier weder eine Forderung verbrieft noch markt- und börsengängig ist, z. B. bei nicht börsengängigen Namensaktien. (Denkschr. I S. 214, Staub § 368 Anm. 69.)

5. Das alte Recht (Art. 303) stimmt überein. Nr. 13.

§ 365.

In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Besitzers und der Prüfung der Legitimation sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe, finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, 36, 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

---

[1]) Bei Duplikaten Aushändigung sämmtlicher Exemplare, doch braucht die Quittung nur auf einem Exemplar zu erfolgen.

Digitized by Google

Ist die Urkunde vernichtet oder abhanden gekommen, so unterliegt sie der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens. Ist das Aufgebotsverfahren eingeleitet, so kann der Berechtigte, wenn er bis zur Kraftloserklärung Sicherheit bestellt, Leistung nach Maßgabe der Urkunde von dem Schuldner verlangen.

Entw. I § 337, II § 357; Denkschr. I S. 206, 207, II S. 3239; A. D. H.G.B. Art. 305.

I. **Absatz 1** erstreckt eine Anzahl von Bestimmungen der W.O. auf die in § 363 aufgeführten Orderpapiere (hinsichtlich der Namensaktien vgl. § 222 Abs. 3). Diese Bestimmungen sind:

Nr. 1. 1. **Die Vorschriften der Art. 11—13 der W.O. über die Form des Indossaments.** Das Indossament muß auf das Orderpapier oder eine Kopie desselben oder eine Allonge geschrieben werden; zulässig ist ein Blankoindossament, das dann aber auf die Rückseite des Orderpapieres oder der Kopie oder auf die Allonge gesetzt werden muß. Das Blankoindossament kann von jedem Inhaber des Orderpapieres ausgefüllt, das Orderpapier auch ohne Ausfüllung weiter indossirt werden.

Nr. 2. 2. **Die Vorschriften des Art. 36 der W.O. über die Legitimation des Besitzers und die Prüfung der Legitimation seitens des Zahlenden**: formale, aus dem Orderpapier ersichtliche Kontinuität der Indossamente, die Echtheit der Indossamente zu prüfen ist der Schuldner nicht verpflichtet; der Inhaber muß auch in der Kette der letzte sein, folgen weitere nicht durchstrichene Indossamente, so hat der Inhaber darzulegen, wie er die Forderung erworben hat. Durch die formale Kontinuität wird der Inhaber als Gläubiger legitimirt. Darin liegt zugleich, daß präsumirt wird, er sei durch Begebung in den Besitz des Papieres gelangt. Wendet der Schuldner ein, daß dem Inhaber das Orderpapier gar nicht begeben worden sei, z. B. daß er das in blanko indossirte Orderpapier nur gefunden habe (R.O.H.G. XXV Nr. 17, R.G.E. V Nr. 20, XXXV S. 76), so hat er den Beweis zu führen, wie der Inhaber in den Besitz des Papieres gelangt ist. Die Präsumtion der Begebung schließt bei Traditionspapieren die der Uebergabe der verbrieften Waaren zu Eigenthum in sich (R.G.E. IV S. 147, 148).

Nr. 3. 3. **Die Vorschriften des Art. 74 der W.O. über die Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe des Papieres.** Ist der Besitzer nach W.O. Art. 36 legitimirt, so kann er zur Herausgabe nur dann angehalten werden, wenn er beim Erwerb des Papieres bösgläubig war. Ist er gutgläubig, so wird er Eigenthümer. Der gute Glaube ist hier nicht im speziellen Sinn von B.G.B. § 932 Abs. 2 (mit Bezug auf das Recht des Veräußerers) gemeint, sondern allgemein mit Bezug auf alle Mängel materieller Art (R.O.H.G. II S. 282, Staub § 365 Anm. 9). Bei Traditionspapieren bezieht sich diese Bestimmung jedoch nur auf die Urkunde. Der Erwerb der verbrieften Waaren regelt sich nach den sachenrechtlichen Grundsätzen des B.G.B. §§ 932—936, H.G.B. § 366. So würde der gutgläubige Erwerber eines in blanko indossirten, gestohlenen Lagerscheins von dessen früherem Eigenthümer zwar nicht zur Herausgabe der Urkunde, wohl aber möglicherweise zur Herausgabe der Waaren (falls diese gestohlen sind) angehalten werden können (Cosack S. 466, a. A. Staub § 365 Anm. 10, Goldschmidt Hdb. I. § 80 Anm. 13, Adler, Oesterr. Lagerhausrecht S. 171, Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 186 ff., letzterer, weil das Traditionspapier nicht bloß den Besitz verschaffe, sondern einen eigenthümlichen sachenrechtlichen Erwerb vermittle, was aber dem Gesetz widerspricht; vgl. v. Hahn Bd. II S. 144 Anm. 6, R.G.E. IV S. 149).

Nr. 4. II. **Absatz 2.** Satz 1 giebt hinsichtlich der Zulässigkeit des Amortisationsverfahrens für sämmtliche kaufmännischen Orderpapiere den durch C.P.O. § 1003 ff. normirten Rechtszustand wieder. Zur Beantragung des Aufgebotsverfahrens ist nach C.P.O. § 1004 derjenige berechtigt, der das Recht aus der Urkunde geltend machen kann, also bei in blanko indossirten Urkunden der Inhaber, sonst der Remittent, beziehungsweise Indossatar. Wer das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist dem Schuldner gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (C.P.O. § 1018 Abs. 1), die Ertheilung einer neuen Urkunde kann er nicht verlangen (anders für Inhaberpapiere B.G.B. § 800). Betreffs der Wirkungen der Aufhebung des Ausschlußurtheils C.P.O. § 1018 Abs. 2.

Digitized by Google

Absatz 2 Satz 2 erstreckt die Bestimmung der W.O. Art. 73 Abs. 1 Satz 2 auf sämmtliche kaufmännische Orderpapiere (Erweiterung gegenüber dem älteren Recht). Die Sicherheit ist nach erfolgtem Ausschlußurtheil zurückzugeben. Ueber die Sicherheitsbestellung B.G.B. § 232ff. Dagegen ist der keine Sicherheit leistende Gläubiger nicht mehr berechtigt, vom Schuldner Hinterlegung der Summe bei einer Hinterlegungsstelle zu verlangen (so im älteren Recht). Nr. 5.

III. Ueber die Zulässigkeit der Kraftloserklärung anderer Orderpapiere, als der in § 363 aufgeführten, normirt das maßgebende Recht (für Aktien und Interimsscheine vgl. § 228). Nr. 6.

IV. Das Recht, an Stelle einer beschädigten oder verunstalteten Urkunde die Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung vom Schuldner zu verlangen (für Inhaberpapiere B.G.B. § 798, für Aktien und Interimsscheine H.G.B. § 229), hat der Gläubiger nicht; das Recht auf Ertheilung von Duplikaten (W.O. Art. 66ff.) hat er nur bei einzelnen Orderpapieren (vgl. §§ 642, 686). Nr. 7.

V. Das alte Recht (Art. 305) wich hinsichtlich der Kraftloserklärung von § 365 Abs. 2 erheblich ab. Nr. 8.

a) Das Amortisationsverfahren regelte sich im alten Recht nach der C.P.O. jedenfalls dann, wenn es sich um Urkunden handelte, die im Art. 301, 302 des A. D. H.G.B. bezeichnet waren. Handelte es sich um nach Landesrecht für indossabel erklärte Urkunden, so gingen die besonderen Vorschriften des Landesrechts über das Amortisationsverfahren vor (alte C.P.O. § 837 Abs. 2). In Zukunft werden die Vorschriften der C.P.O. § 1004ff. jedenfalls für alle dem § 363 unterfallenden Urkunden Platz greifen, selbst wenn sie vor dem 1. Januar 1900 begeben sind. Andere, als die in § 363 genannten, Urkunden unterfallen der C.P.O. dann, wenn sie früher dem Art. 301 unterstanden Unterstanden sie früher dem Landesrecht, so würde das nach Landesrecht anhängige Verfahren sich weiter nach dem Landesrecht richten (Art. 178 des E.B.G.B.), im Uebrigen ist auf § 11 des E.G. zur C.P.O. (Fassung vom 17. Mai 1898) zu verweisen.

b) Nach altem Recht konnte bei Urkunden, die in Art. 301 bezeichnet waren, der Berechtigte auch ohne Sicherstellung öffentliche Deposition der Summe vom Schuldner begehren. Dies wird man ihm fortgewähren müssen, wenn das Aufgebotsverfahren vor dem 1. Januar 1900 eingeleitet ist (Art. 178 des E.B.G.B.). Ist das Aufgebotsverfahren erst nach dem 31. Dezember 1899 eingeleitet, so ist das neue Recht maßgebend, da es sich hier um eine Wirkung des Verfahrens handelt.

Das Entsprechende gilt für Urkunden, die dem alten Art. 302, 304 unterstanden.

§ 366.

Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, betrifft.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers steht hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Entw. I § 338, II § 358; Denkschr. I S. 207, 208, II S. 3239, 3240; A. D. H.G.B. Art. 306.

Digitized by Google

Litteratur: Wendt im Archiv für civilist. Praxis Bd. 89 S. 1ff.; Fuld, ebenda S. 409ff.

Nr. 1. 1. **Allgemeine Bemerkung.** Der Erwerb und Verlust des Eigenthums und sonstiger dinglicher Rechte an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren wird durch das B.G.B. geregelt. Insbesondere stellt das B.G.B. bei Uebertragungen, Verpfändungen und bei gesetzlichen Pfandrechten die Voraussetzungen fest, unter denen der Erwerber Eigenthümer wird, trotzdem der Veräußerer nicht Eigenthümer war (B.G.B. §§ 932–936), beziehungsweise der Gläubiger ein Pfandrecht erwirbt, trotzdem die Sache nicht dem Verpfänder gehört (B.G.B. §§ 1207, 1208). Das H.G.B. greift nur in zwei Beziehungen ausdehnend, in einer Beziehung einschränkend ein:

1. indem es den Kreis der gesetzlichen Pfandrechte erheblich erweitert (gesetzliche Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers; dann die zahlreichen gesetzlichen Pfandrechte des Seerechts);

2. indem es das Erstreckungs- und Wirkungsgebiet des guten Glaubens vergrößert (§ 366);

3. indem es bei Inhaberpapieren eine Rechtsvermuthung für den bösen Glauben des Erwerbers, beziehungsweise Pfandnehmers unter gewissen Voraussetzungen aufstellt (§ 367).

Hier kommt allein der zweite Punkt, § 366 in Betracht.

Nr. 2. 2. **Guter Glaube.** Unter gutem Glauben, der geeignet ist, dem Erwerber Eigenthum, dem Gläubiger ein Pfandrecht zu verschaffen, versteht das B.G.B. nur solchen guten Glauben, der das Recht des Veräußerers, beziehungsweise Verpfänders an der Sache betrifft.[1]) Ist dem Erwerber, beziehungsweise Pfandgläubiger bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt, daß die Sache nicht dem Veräußerer, beziehungsweise Verpfänder gehört, so ist der Erwerb des Eigenthums beziehungsweise Pfandrechts schlechthin ausgeschlossen (B.G.B. § 932 Abs. 2, § 1207). Damit konform kann nach dem B.G.B. guter Glaube dem Erwerber freies Eigenthum an der veräußerten, dem Pfandgläubiger bevorzugtes Pfandrecht an der verpfändeten Sache nur dann verschaffen, wenn er die Freiheit der Sache von der Belastung mit dem Rechte des Dritten betrifft (B.G.B. § 936 Abs. 2, § 1208). — Ueber diese Sätze des B.G.B. hinausgehend gewährt § 366 dem guten Glauben die Kraft, Eigenthum beziehungsweise Pfandrecht zu erzeugen, schon dann, wenn er „die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, betrifft", sowie die Kraft, freies Eigenthum beziehungsweise Vorzugspfandrecht zu erzeugen, schon dann, wenn er „die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des (auf der Sache lastenden) Rechts über die Sache zu verfügen, betrifft", wenn also Erwerber und Pfandgläubiger sich zwar darüber klar sind, daß der Veräußerer, beziehungsweise Verpfänder nicht Eigenthümer ist oder daß auf der Sache die Rechte Dritter haften, wenn sie aber des guten Glaubens sind, dem Veräußerer, beziehungsweise Verpfänder stehe die Verfügungsbefugniß, respektive die vorbehaltslose Verfügungsbefugniß zu. (Dagegen betrifft § 366 nicht Fälle mangelnder Geschäftsfähigkeit des Veräußerers noch Fälle der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Veräußerungsgeschäftes.) Im Handelsverkehr, führen die Denkschriften aus, sei der Fall, daß auf Grund eines handelsrechtlichen Vertragsverhältnisses die Befugniß begründet sei, über eine fremde Sache zu verfügen, so häufig, daß die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt werden würde, wenn dem entschuldbaren Irrthum über das Vorhandensein einer solchen Verfügungsbefugniß der Schutz versagt bleibe. Hingewiesen wird auf den Kommissionär (dessen Verhältnisse nach den Prot. S. 688, 689, 1186f. gerade zur Schaffung des alten Art. 306 führten) und den Handlungsagenten, bei denen der Erwerber meist nicht im Unklaren darüber sein werde, daß die Waaren nicht ihnen gehörten, bei denen er aber Verfügungsbefugniß voraussetze, ferner auf die Fälle des gesetzlichen Pfandrechts, wenn z. B. der Frachtführer vom Spediteur das Gut zur Beförderung erhalte (hierhin gehört auch der Fall des § 379 Abs. 2). — Diese stärkere Kraft hat der gute Glaube nach dem

[1]) Wendt a. a. O. S. 61ff. sucht freilich zu beweisen, daß bereits das B.G.B. die Sätze des § 366 aufstelle. Doch ergiebt sich aus den Motiven, daß die Redaktoren nur den Fall fehlenden Rechts im Auge hatten; — sieht man von den besonderen Fällen des B.G.B. §§ 135 Abs. 2, 136, 161 Abs. 3, 2113 Abs. 3, 2129 Abs. 2, 2211 ab. Vgl. auch E.B.G.B. Art. 61.

Digitized by Google

H.G.B. für den Aktivbetheiligten stets bei Veräußerungen und Verpfändungen, die für den Veräußerer, beziehungsweise Verpfänder Handelsgeschäfte sind, außerdem bei gewissen gesetzlichen Pfandrechten. Wir trennen vertragsmäßigen und gesetzlichen Erwerb.

I. **Vertragsmäßiger** Erwerb von Eigenthum, beziehungsweise Pfandrecht.

A. Unter folgenden **Voraussetzungen** erlangt der Erwerber das Eigenthum, beziehungsweise Pfandrecht:

a) Es muß sich um **Veräußerung**, beziehungsweise **Verpfändung** handeln. Unter Nr. 3.
Veräußerung ist das dingliche Eigenthumsübertragungsgeschäft (die dingliche Einigung), unter Verpfändung das dingliche Pfandbestellungsgeschäft, also in beiden Fällen darunter der sachenrechtliche, nicht der obligatorische Kausalvertrag zu verstehen. Denn es heißt nicht, wie im alten H.G.B., „veräußert und übergiebt", „verpfändet und übergiebt", sondern nur „veräußert", „verpfändet". Das Kausalgeschäft ist insofern von Bedeutung, als aus ihm sich ergeben kann, daß die Veräußerung, beziehungsweise Verpfändung, Handelsgeschäft oder Nichthandelsgeschäft ist. Auf Nießbrauchbestellung findet § 366 keine Anwendung.

Ueber die **Form der Eigenthumsübertragung** normiren die §§ 929—934 Nr. 4.
des B.G.B. Die Eigenthumsübertragung kann in diesem Falle geschehen durch körperliche Uebergabe (reale Tradition) der Sache (B.G.B. §§ 929 Satz 1, 854), dann muß der gute Glaube vorhanden sein zur Zeit des Besitzerwerbes (B.G.B. § 932 Satz 1),[1]) sie kann geschehen durch sogen. traditio brevi manu, vorausgesetzt, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (B.G.B. § 929 Satz 2), dann muß er vorhanden sein zur Zeit der Einigung über den Uebergang des Eigenthums (B.G.B. §§ 932 Abs. 1 Satz 2, 929 Satz 2); sie kann geschehen durch Abtretung des Anspruches des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer, also durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes (B.G.B. § 870), welchenfalls der gute Glaube vorhanden sein muß zur Zeit der Abtretung (B.G.B. §§ 934, 931); sie kann geschehen durch Abtretung des Anspruches seitens des Nichtbesitzers gegen den Besitzer und nachherige Besitzübertragung durch den Besitzer (B.G.B. §§ 934, 931), dann muß der gute Glaube vorhanden sein zur Zeit des Besitzerwerbes. Sie kann endlich geschehen durch Uebergabe eines Ladescheines, Lagerscheines, Konossements (R.G.E. IV S. 149, V S. 185, XXVIII S. 42); dann muß der gute Glaube vorhanden sein im Zeitpunkt des Erwerbs dieser Papiere. Dagegen kann sie nicht geschehen durch constitutum possessorium (B.G.B. §§ 933, 930) und ebensowenig durch alleinige Vindikationscession (B.G.B. §§ 934, 931). Besondere Formen der Eigenthumsübertragung für Seeschiffe in § 474, vgl. E.H.G.B. Art. 6.

Ueber die **Form der Verpfändung** normiren die §§ 1205, 1206 B.G.B. für Nr. 5.
bewegliche körperliche Sachen und Inhaberpapiere (B.G.B. § 1293). Sie kann geschehen durch reale Tradition, traditio brevi manu, Einräumung des Mitbesitzes unter der Voraussetzung von B.G.B. § 1206, Uebertragung des mittelbaren Besitzes und Anzeige der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer. Dazu kommt nach Handelsrecht Einhändigung des Traditionspapieres. Bei realer Tradition muß der gute Glaube zur Zeit des Besitzerwerbes, bei traditio brevi manu zur Zeit der dinglichen Einigung, bei Einräumung des Mitbesitzes im Zeitpunkt der Einräumung, bei Uebertragung des mittelbaren Besitzes zur Zeit der Anzeige an den unmittelbaren Besitzer, bei Uebergabe des Traditionspapieres zur Zeit des Erwerbes des Traditionspapieres vorhanden sein (B.G.B. §§ 1207, 932).

b) Die Veräußerung, beziehungsweise Verpfändung muß eine **bewegliche Sache** oder Nr. 6.
ein **Inhaberpapier** betreffen. § 366 nennt zwar nur erstere, daß aber auch Inhaberpapiere darunter fallen, ergiebt sich unzweifelhaft aus dem gesetzgeberischen Zweck, der dahin geht, die Vorschriften des B.G.B. über die Eigenthumsübertragung und Verpfändung, also auch B.G.B. § 935, zu erweitern. Dagegen fallen nicht unter § 366 Orderpapiere, weil über den Eigenthumsübergang und die Vindikabilität bei diesen die §§ 364, 365 sowie die W.O. normiren, während das B.G.B. sich mit ihnen nicht

[1]) Ist der Schuldner zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache verurtheilt, so gilt die Uebergabe der Sache als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt; der gute Glaube muß hier vorhanden sein zur Zeit der Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers C.P.O. §§ 897, 898.

Digitized by Google

befaßt. Noch weniger fallen darunter sonstige Urkunden, z. B. Legitimationspapiere (B.G.B. § 808), Rektapapiere, bloße Beweisurkunden — und endlich nicht Rechte (z. B. Firmenrechte). Mit Bezug auf alle diese ist der allgemeine Rechtszustand erhalten (vgl. R.G.E. X Nr. 9: Sparkassenbücher, XXV S. 5: Firmenrecht, XXVI S. 45: Forderungen).

Zu den beweglichen Sachen zählen auch registrirte Schiffe (B.G.B. § 1262).

Nr. 7. c) Die Veräußerung beziehungsweise Verpfändung muß ein **Handelsgeschäft für den passiv Betheiligten**, d. h. für den Veräußerer, beziehungsweise Verpfänder sein (§§ 366, 343). Bei wirklicher direkter Stellvertretung ist Veräußerer der Vertretene, nicht der Vertreter. Tritt dagegen Jemand als falsus procurator (z. B. ein Handlungsagent) auf, so wird er als Veräußerer anzusehen sein (vgl. Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts S. 145). Ob die Veräußerung ein Handelsgeschäft ist, wird sich nach dem Kausalgeschäft richten, im Zweifel greift bei Kaufleuten die Rechtsvermuthung des § 344 Platz. Nicht fällt hierunter die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher, die Pfändung, die öffentliche Versteigerung,[1]) hinsichtlich dieser normirt lediglich das bürgerliche Recht, wohl aber fällt hierher die freihändige Veräußerung durch einen Mäkler nach B.G.B. § 1221. — Ob der Veräußerer Voll- oder Minderkaufmann ist, ist gleichgültig. Jedenfalls aber muß er Kaufmann sein oder doch gemäß § 5 als Kaufmann anzusehen sein. Daß er sich als Kaufmann gerirte, genügt dagegen nicht, denn die Rechte der bisherigen Eigenthümer können dadurch nicht beseitigt werden (a. A. Staub § 366 Anm. 18). — Für den Aktivbetheiligten braucht das Geschäft kein Handelsgeschäft zu sein.

Nr. 8. d) Der Erwerber **muß des guten Glaubens gewesen sein, daß der Veräußerer Eigenthümer der Sache oder doch befugt war, für den Eigenthümer**, sei es als indirekter (Kommissionär), sei es als direkter Stellvertreter **über die Sache zu verfügen.** Somit greift § 366 auch Platz, wenn der Erwerber in gutem Glauben Vertretungsbefugniß des den Veräußerungsakt Vornehmenden annahm (vgl. R.G.E. XXIX S. 48, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVI S. 107). Die Denkschr. hebt auch ausdrücklich den Fall des Handlungsagenten hervor, der „im Namen des Geschäftsherrn die Waaren desselben, welche er auf seinem Lager hat, veräußert und übergiebt".[2]) Weitere Fälle wären, wenn einer von mehreren Gesellschaftern bei der Gelegenheitsgesellschaft im Namen aller Gesellschafter auftritt, ohne Vertretungsmacht zu haben, ferner, wenn der Handelsmäkler aus freier Hand verkauft, ohne Auftrag dazu zu haben (Fall des § 373). Dagegen findet der Satz keine Anwendung, wenn die Ehefrau, die Kauffrau ist, ohne die erforderliche Zustimmung des Ehemannes veräußerte (B.G.B. § 1404), ein Fall, der nach B.G.B. § 1405 freilich nur praktisch wird, wenn der Ehemann von dem Gewerbebetrieb nichts wußte, weil er beim Wissen ja Einspruch erheben muß, dieser Einspruch aber, soll er gegen dritte Nichtwissende wirken, in das Güterrechtsregister eingetragen werden muß, durch den Eintrag aber wieder der gute Glaube des Erwerbers beseitigt wird. § 1404 B.G.B. ist jedenfalls hier voll anwendbar, und es geht nicht an, mit Staub (§ 366 Anm. 36) anzunehmen, daß § 366 eine andere ratio zu Grunde liege. § 366 ist nichts weiter als eine Modifikation von B.G.B. §§ 932 ff., er will den Bestimmungen des ehelichen Güterrechts keinen Eintrag thun.

Ebensowenig greift § 366 Platz mit Bezug auf den Kridar, der während des Konkurses einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand veräußert (K.O. § 7). Endlich werden Anfechtungsrechte der Gläubiger durch § 366 nicht berührt (Staub § 366 Anm. 42).

Nr. 9. Es darf dem Erwerber darnach weder bekannt noch in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sein, daß dem Veräußerer die Verfügungsbefugniß fehlte. Unbekanntschaft mit in das Handelsregister eingetragenen Thatsachen schließt nicht nothwendig grobe Fahrlässigkeit in sich (vgl. § 15 Nr. 10), auch Rechtsirrthum kann entschuldbar sein (Wendt S. 12 ff.).

Ueber den Zeitpunkt des guten Glaubens oben Nr. 4, 5. Nachträglich eintretende mala fides schadet nicht.

---

[1]) Bei der öffentlichen Versteigerung würde also nur der gute Glaube des Erwerbers mit Bezug auf das Pfandrecht des veräußernden Pfandgläubigers in Frage kommen; für diesen könnte allerdings mittelbar § 366 Bedeutung haben, insofern der Verpfänder als Kaufmann handelte. Vgl. Staub § 368 Anm. 62.

[2]) Auf „Angestellte" bezieht sich dies jedoch nicht, diese sind nicht Kaufleute.

Digitized by Google

Der gute Glaube braucht nur beim Erwerber, nicht beim Veräußerer vorhanden zu sein, es sei denn, daß der Veräußerer am Erwerb mitbetheiligt ist, wie bei Illation in eine Gesellschaft.

Der Erwerber braucht den guten Glauben auch nur mit Bezug auf den Veräußerer zu besitzen. Nicht schadet es ihm, daß er weiß, der Vormann des Veräußerers sei nicht Eigenthümer oder nicht verfügungsberechtigt gewesen, sofern er nur des guten Glaubens war, der Veräußerer habe das Eigenthum erworben (Bolze XI Nr. 38). Wird der Erwerber vertreten, so ist B.G.B. § 166 maßgebend. Bei Gesammtvertretung (Fälle des § 48 Abs. 2, 125 Abs. 2, 150 Abs. 1, 232) muß bei allen zusammenhandelnden Vertretern der gute Glaube vorhanden sein (vgl. § 48 Nr. 10). Die Präsumtion spricht für den guten Glauben.

e) Die Sachen dürfen nicht dem Eigenthümer oder Besitzer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sein. Doch steht dies bei öffentlich versteigerten Sachen, Geld und Inhaberpapieren nicht im Wege. Ueber alles dies B.G.B. §§ 935, 1207. Nr. 10.

f) Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird der Erwerber Eigenthümer beziehungsweise Pfandgläubiger (B.G.B. §§ 932—934, 1207), auch wenn der Veräußerer, beziehungsweise Verpfänder nicht Eigenthümer war. Nr. 11.

g) **Beweislast.** Nach der Fassung des B.G.B. § 392 Abs. 1 hat der die Sache Einklagende dem Beklagten nachzuweisen, daß dieser zur Zeit des Erwerbes bösgläubig hinsichtlich der Rechte des Veräußerers war; beruft sich demgegenüber Beklagter auf H.G.B. § 366, so hat er nachzuweisen, daß er die Sache von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben habe. Kläger muß dann wieder nachweisen, daß dem Beklagten der gute Glaube hinsichtlich der Befugniß des Veräußerers, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, zur Zeit des Erwerbes gefehlt habe. Nr. 12.

B. **Erlöschen von dinglichen Rechten.** Dadurch, daß der Erwerber Eigenthümer wird, erlischt nothwendig das frühere Eigenthum. Dagegen erlöschen an sich noch nicht dingliche Rechte Dritter, die an der Sache bestanden. Nr. 13.

Indessen läßt B.G.B. § 936 in Verbindung mit H.G.B. § 366 Abs. 2 diese, von gewissen Ausnahmen abgesehen, ebenfalls erlöschen, wenn der Erwerber des guten Glaubens war, daß das Recht nicht bestände oder daß der Veräußerer befugt wäre, ohne Vorbehalt des Rechts über die Sache zu verfügen, letzteres aber nur bei Veräußerungen und Verpfändungen eines Kaufmanns in seinem Handelsbetriebe. Im Einzelnen gilt:

a) Diese Sätze **beziehen sich gleichmäßig auf den Fall der Veräußerung durch den Eigenthümer wie den der Veräußerung durch einen Nichteigenthümer.** Sie enthalten demnach nicht bloß eine Ergänzung zu Absatz 1, sondern die Aufstellung eines analogen Prinzipes (Mot. zum Entw. I der B.G.B. III S. 347). Nr. 14.

b) Das Recht eines Dritten kann ein vertragsmäßiges oder gesetzliches, z. B. das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers (B.G.B. § 559), des Unternehmers nach B.G.B. § 647, das ehemännliche oder väterliche Nutznießungsrecht sein. Letztere sind zwar keine Sachenrechte im Sinne des dritten Buches des B.G.B., fallen aber ebenfalls unter den § 366 des H.G.B. bezw. § 936 des B.G.B. Auch das Pfändungspfandrecht (C.P.O. § 804, 930) und das Verfolgungsrecht erlischt (R.G.E. VIII S. 84, 85, XXXII S. 20, bezüglich des Zurückbehaltungsrechts vgl. bei § 369 Nr. 20). Nr. 15.

c) Das Recht des Dritten erlischt nur, wenn der Erwerber gutgläubig ist. Der Begriff des guten Glaubens ist hier der gleiche, wie oben. Nr. 16.

d) Das Erlöschen tritt regelmäßig mit dem Zeitpunkt ein, in dem das Eigenthum erworben wird, ausnahmsweise erst in einem späteren Zeitpunkt, nämlich bei Erwerb des Eigenthums durch constitutum possessorium oder durch Vindikationscession seitens des nichtbesitzenden Eigenthümers erst dann, wenn nachträglich auf Grund der Veräußerung vom Erwerber der unmittelbare Besitz erworben ist (B.G.B. § 936 Abs. 1). Für registrirte Schiffe vgl. § 1262 Abs. 2. In diesem Moment muß auch beim Erwerber der gute Glaube bestanden haben (B.G.B. § 936 Abs. 2). Nr. 17.

e) Der Satz gilt überhaupt nicht: Nr. 18.

α) wenn der Erwerber den Besitz der Sache bereits vorher von einem Dritten erlangt hatte und die Eigenthumsübertragung bloß in der Bestätigung des Besitzes seitens des Veräußerers besteht (B.G.B. §§ 936 Abs. 1 Satz 2, 929 Satz 2);

β) wenn die Uebertragung durch Abtretung des Anspruches gegen den unmittelbaren Besitzer erfolgt und diesem das Recht an der Sache, z. B. das Faustpfandrecht,

Digitized by Google

zusteht (B.G.B. § 936 Abs. 3). Anders bei Uebertragung durch Uebergabe des Traditionspapieres;

γ) für in das Schiffsregister eingetragene Pfandrechte an Schiffen (B.G.B. § 1262 Abs. 1).

Nr. 19. f) Sonstige Rechte Dritter, die nicht Rechte an der Sache sind, bleiben bestehen, z. B. Anfechtungsrechte. Beachte aber B.G.B. § 135.

Nr. 20. C. **Erwerb des Vorzugspfandrechts.** Dadurch, daß der Erwerber Pfandgläubiger wird, erlischt natürlich das Eigenthum an der Sache nicht. Nur muß der Eigenthümer das Pfandrecht anerkennen. Ebensowenig erlöschen sonstige Rechte Dritter an der Sache. Doch geht das Pfandrecht diesen vor (z. B. dem Verfolgungsrecht R.G.E. XXXII S. 20), wenn der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts des guten Glaubens war, daß die Rechte des Dritten nicht bestanden oder daß der Verpfänder befugt wäre, ohne Vorbehalt der Rechte die Sache zu verpfänden (vgl. in letzterer Beziehung § 8 des R.G. vom 5. Juli 1896).

Mit Bezug auf die einzelnen Erfordernisse gilt im Ganzen das Entsprechende wie zu B.

Nr. 21. II. **Gesetzliche Pfandrechte.** Die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers erfreuen sich hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens der gleichen Ausdehnung, wie die obigen vertragsmäßigen Pfandrechte. Während nach dem B.G.B. das gesetzliche Pfandrecht Eigenthum des Pfandbestellers an den Pfandsachen voraussetzt (Biermann zu § 1257), genügt es nach § 366, daß die dort aufgeführten Pfandgläubiger im Zeitpunkt des Erwerbes ihrer gesetzlichen Pfandrechte des guten Glaubens sind, dem Besteller stehe die Verfügungsbefugniß, beziehungsweise die vorbehaltlose Verfügungsbefugniß zu (vgl. R.G.E. XXIX S. 48). Daß die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Schuldners herstammt oder daß der Schuldner Kaufmann ist, ist nicht nothwendig (Busch XLVII S. 93). Gegenstand des Pfandrechts können auch in diesem Falle bewegliche Sachen und Inhaberpapiere sein. — Auf sonstige gesetzliche Pfandrechte, Pfändungspfandrechte und das Zurückbehaltungsrecht findet Abs. 3 keine Anwendung.

Nr. 22. III. Das alte Recht (Art. 306, 307) proklamirte entsprechende Grundsätze. Ueber die Anwendbarkeit des § 366 auf vor dem 1. Januar 1900 eingetretene Thatbestände R. Lehmann in Z. XLVIII S. 66 ff.

§ 367.

Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war.

Der gute Glaube des Erwerbers wird durch die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Veröffentlichung in Folge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte.

Auf Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie auf Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Entw. I—II § 359; Denkschr. I—II S. 3240, 3241; Komm.Ber. S. 3927.

Litteratur: Fuld im Arch. f. civil. Praxis Bd. 89 S. 412.

Digitized by Google

1. **Guter Glaube wird vermuthet.** Wer sich auf Bösgläubigkeit des Gegners beruft, muß diese nachweisen, d. h. er muß Thatsachen darlegen, aus denen sich das Wissen oder die grobe Fahrlässigkeit des Nichtwissenden ergiebt. Ob solche Thatsachen dargelegt sind, hat der Richter nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu entscheiden. — Davon abweichend stellt § 367 eine Rechtsvermuthung für die Bösgläubigkeit des Erwerbers, bezw. Pfandgläubigers unter gewissen Voraussetzungen auf. Soweit diese Voraussetzungen nicht zutreffen, bleibt die Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung gewahrt. § 367 darf also nicht dahin ausgelegt werden, daß bei Fehlen einer jener Voraussetzungen bona fides beim Erwerber stets anzunehmen sei, sondern nur dahin, daß diesenfalls die allgemeinen Grundsätze Platz greifen. Der Richter kann, auch wenn nicht die Voraussetzungen des § 367 vorliegen, auf Grund der konkreten Sachlage, insbesondere unter Würdigung des Auftretens des Veräußerers, zur Annahme der mala fides des Erwerbers gelangen (vgl. aus der Judikatur R.G.E. VI Nr. 4, ebenda S. 89 Anm. 1, XXVIII S. 114, XXXVI S. 121 — Erwerb des Inhaberpapieres ohne Zins- und Erneuerungsschein — L.G. Mannheim in Z. XXXV S. 265, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 113).[1] Die Voraussetzungen des § 367 hat zu beweisen, wer sich auf den bösen Glauben des Erwerbers beruft (vgl. oben S. 5 Nr. 12). Nr. 1.

2. Die in § 367 aufgestellte Rechtsvermuthung greift nur für einen eng umgrenzten Thatbestand Platz. Es muß sich handeln: Nr. 2.

a) Um ein **Inhaberpapier,** also weder um ein Order- noch um ein Rektapapier. Daß das Inhaberpapier eine Schuldverschreibung ist, ist nicht nothwendig, auch Inhaberaktien gehören hierher (Simon in Z. XLIX S. 21 ff.). Ebenso ist es gleichgültig, ob das Inhaberpapier Haupt- oder Nebenpapier ist. Nur sollen nicht unter die Rechtsvermuthung fallen Banknoten (inländische wie ausländische) und andere, auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere, weil diese im Leben wie Geld behandelt werden (vgl. B.G.B. § 799 Abs. 1 und Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 706), ferner nicht bereits fällige oder vor dem nächsten Einlösungstermin stehende Nebenpapiere aus dem gleichen Grunde (Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine), wohl aber Nebenpapiere, deren Fälligkeit weiter aussteht, weil deren Veräußerung oder Verpfändung nach der Verkehrssitte etwas Auffälliges an sich hat (Denkschr. II S. 3241).

b) Das Inhaberpapier muß **dem berechtigten Besitzer abhanden gekommen,** d. h. der Besitz daran wider Willen verloren gegangen sein, gleichgültig, ob es sich um Diebstahl, Verlust oder eine sonstige Art des Abhandenkommens handelt, z. B. Wegnahme in Folge Verwechslung, Veräußerung durch einen Geisteskranken oder sinnlos Trunkenen, während bloße Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes wegen Irrthums, Zwanges oder Betruges den Begriff des Abhandenkommens nicht konsummirt (Staub § 366 Anm. 46). § 367 spricht nur davon, daß es dem Eigenthümer abhanden gekommen sei, aber dasselbe hat zu gelten, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war und dem unmittelbaren Besitzer das Inhaberpapier abhanden kam (B.G.B. § 935 Abs. 1), ferner ohne Rücksicht auf den Eigenthümer, falls das Inhaberpapier dem Pfandgläubiger oder Nießbraucher abhanden kam (vgl. B.G.B. §§ 1208, 936), denn deren Rechte erlöschen ja nur dann, wenn der Erwerber in Ansehung ihrer bona fide ist. Die in § 367 enthaltene Rechtsvermuthung der mala fides kommt auch solchen Rechten zu Gute. Nr. 3.

c) **Erwerber muß ein Kaufmann** (Voll- oder Minderkaufmann) **sein, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt,** d. h. der diese Geschäfte ausschließlich oder der sie zusammen mit anderen Geschäften als Grundgeschäfte seines Gewerbes betreibt, also nicht als bloßer Pfandleiher (vgl. § 1 Nr. 56). Werden die Geschäfte zwar im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen, gehören sie aber nicht zu den Grundgeschäften, so ist von einem Geschäftsbetrieb keine Rede. Erwirbt der Bankier im Nr. 4.

[1] Viel zu weit gehend verlangt jedoch Staub § 366 Anm. 21 und Anm. 51, daß der Erwerber abhanden gekommener Sachen überhaupt gutgläubig annehmen müsse, daß die Sache redlicherweise in den Verkehr gelangt sei und daß, wenn Kläger den Nachweis der Bösgläubigkeit des Beklagten in dieser Hinsicht erbringt, die Beweislast in der Richtung verschoben würde, daß nunmehr der Beklagte den Uebergang des Eigenthums auf ihn nachweisen müsse. Davon ist in B.G.B. § 935 Abs. 2 keine Rede und die Beschränkung des H.G.B. § 367 auf Bankiers als Erwerber spricht geradezu dagegen. Die Entscheidung des R.G. Bd. XXXVII S. 78 operirt mit Erwägungen, die besonderen Verhältnissen gerecht werden sollen und darf nicht verallgemeinert werden.

Digitized by Google

Namen eines Kunden, so kommt B.G.B. § 166 zur Anwendung. Erwirbt er als Kommissionär für Rechnung seines Kunden, so liegt der Fall des § 367 für ihn vor; überträgt er Eigenthum nachträglich, etwa durch constitutum possessorium, auf den Kunden, so untersteht der Eigenthumserwerb durch den Kunden allgemeinen Grundsätzen. — Wer der Veräußerer oder Verpfänder ist, ist gleichgültig. § 367 hat demnach eine über den Fall des § 366 hinausreichende Bedeutung.

Nr. 5. d) Es muß sich um **Veräußerung** oder **Verpfändung** von Inhaberpapieren, also um vertragsmäßigen Erwerb zu Eigenthum oder zu Pfandrecht, handeln. Erwerb kraft gesetzlichen Pfandrechts gehört nicht hierher. Auch Erwerb zu Nießbrauch gehört nicht hierher. — Ausgenommen ist auch die Veräußerung im Wege des Pfandverkaufs gemäß B.G.B. § 1244, da dieser § das freie Eigenthum auch bei gestohlenen und verlorenen Sachen eintreten läßt, somit für die Anwendung des § 367 gar keinen Raum läßt (Staub § 368 Anm. 63).

Nr. 6. e) Der **Verlust** des Papieres **muß** zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung entweder von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus dem Inhaberpapiere Verpflichteten (also bei Schuldverschreibungen auf Inhaber dem Aussteller, bei Inhaberaktien der Aktiengesellschaft) **im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht sein.** Der Begriff der öffentlichen Behörden bestimmt sich nach dem Reichs- beziehungsweise Landesstaatsrecht, insbesondere würden Polizeibehörden in Frage kommen (Denkschr. II S. 3241),[1]) denen ja auch der Fund nach B.G.B. § 965 anzuzeigen ist. Nicht genügt private oder öffentliche Anzeige seitens des Verlierers oder einer sonstigen Person, ebensowenig Anzeige in anderen Blättern, als dem Deutschen Reichsanzeiger (z. B. in Lokalblättern), um die Rechtsvermuthung des § 367 zu begründen. Wohl aber kann solche Anzeige nach Lage des Falls zum Beweise der mala fides verwerthet werden. In dieser Beziehung wurde in der Kommission darauf hingewiesen, daß es von Bedeutung sei, ob der privaten Anzeige eine Veröffentlichung im Reichsanzeiger gefolgt sei oder nicht und ob letztere nach einem Jahr erneuert sei. Sei dies nicht geschehen, so dürfe der Bankier in der Regel davon ausgehen, daß die Sache ihre Erledigung gefunden habe (Komm.Ber. S. 3927).

Nr. 7. f) **Es darf seit dem Ablauf des Jahres, in dem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen sein.** Demnach muß die Anzeige im Laufe des Jahres des Erwerbes oder des dem Erwerbsjahr voraufgehenden Jahres erfolgt sein. Bei wiederholter Veröffentlichung ist hierbei auf die letzte Veröffentlichung zu sehen.

Nr. 8. 3. **Die Rechtsvermuthung ist nicht unwiderleglich.** Sie wird widerlegt durch den dem Erwerber obliegenden Nachweis, daß er in Folge besonderer Umstände die Veröffentlichung weder kannte noch kennen mußte. Als besondere Umstände werden zu gelten haben, daß in Folge höherer Gewalt oder durch Versehen der Postbehörde die betreffende Nummer des Reichsanzeigers nicht in die Hände des Bankiers gelangt ist, daß sie an so verborgener Stelle abgedruckt war, daß der Bankier sie übersehen konnte, daß sie so unklar abgefaßt war, daß der Bankier daraus nicht sicher die Identität des Papieres feststellen konnte, daß Druckfehler hinsichtlich der Nummer bestanden u. s. w. Bloße Verhinderung der Lektüre durch Abwesenheit oder Krankheit des Bankiers würde nicht genügen, da der Bankier sich Personal halten muß, welches für ihn solchenfalls eintritt; auch genügt nicht zur Widerlegung, daß der Veräußerer eine geachtete Person oder Firma ist (R.G.E. XXXVII S. 73).

Die Widerlegung der Rechtsvermuthung hat die Folge, daß § 366, soweit dessen Voraussetzungen zutreffen, beziehungsweise daß B.G.B. §§ 932—936 Platz greift.

Nr. 9. 4. Die Anwendbarkeit des § 367 auf Veräußerungen und Verpfändungen, die vor dem 1. Januar 1900 erfolgen, ist zu verneinen. Aber auch solche, die nach dem 31. Dezember 1899 erfolgen, unterstehen ihm nur dann, wenn die Bekanntmachung in den Blättern nach dem 31. Dezember 1899 geschah. Vgl. hierzu K. Lehmann in Z. XLVIII S. 68, 69.

---

[1]) Art. 6 des preußischen Ausf.Ges. zum H.G.B. verpflichtet die Polizeibehörden zur Bekanntmachung auf Antrag des Eigenthümers, wenn dieser glaubhaft macht, daß ihm das Papier gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist. Die Kosten hat der Antragsteller zu tragen und auf Erfordern vorzuschießen. Ebenso Mecklenb. A.V. zum H.G.B. § 8, Baiern (Distriktspolizeibehörde), A.G. zum B.G.B. Art. 90, Lübeck (A.G. zum B.G.B. § 167) und die meisten andern Ausführungsgesetze. Dagegen Sachsen-Weimar (Ausf.Ges. zum H.G.B. Art. 3): die Amtsgerichte, ebenso Reuß ältere und jüngere Linie, Schwarzburg-Rudolstadt.

Digitized by Google

§ 368.

Bei dem Verkauf eines Pfandes tritt, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist, an die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monat eine solche von einer Woche.

Diese Vorschrift findet auf das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers entsprechende Anwendung, auf das Pfandrecht des Spediteurs und des Frachtführers auch dann, wenn nur auf ihrer Seite der Speditions- oder Frachtvertrag ein Handelsgeschäft ist.

Entw. I § 339, II § 360; Denkschr. I S. 209, 210, II S. 3241, 3242; A. D. H.G.B. Art. 309—313.

1. **Absatz 1.** Das bisherige Sonderrecht des **kaufmännischen Vertragspfandes** ist beseitigt. Durch die §§ 1205,[1]) 1206,[2]) 1292,[3]) 1293,[4]) 1294,[5]) 1295,[6]) des B.G.B. sind die Bestimmungen des alten Art. 309 verallgemeinert worden. Die Art. 310—312 des alten H.G.B., welche die Befriedigung aus dem Pfande in eigenthümlicher Weise regelten, beizubehalten, lag kein Bedürfniß vor, da die diesbezüglichen Satzungen des B.G.B., insbesondere die §§ 1228, 1235 Abs. 2, 1241, 1293, 1295 auch für das kaufmännische Vertragspfand ausreichen.[7]) Nr. 1.

---

[1]) § 1205: „Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Ist der Gläubiger im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts.

Die Uebergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigenthümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt".

[2]) § 1206: „An Stelle der Uebergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigenthümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann".

[3]) § 1292: „Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papieres, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossirten Papieres".

[4]) § 1293: „Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapier gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen".

[5]) § 1294: „Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 noch nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt, und kann der Schuldner nur an ihn leisten".

[6]) § 1295: „Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen".

[7]) **Befriedigung aus dem Pfande.** Nach B.G.B. § 1228 erfolgt die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande durch außergerichtlichen Verkauf. Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder theilweise fällig ist (eines Verzuges des Schuldners bedarf es nicht), ebensowenig einer vorherigen Ausklagung des Eigenthümers der Pfandsache auf Duldung des Verkaufes oder eines Antrages auf gerichtliche Verkaufsermächtigung; doch kann der Gläubiger, wenn er will, den Eigenthümer der Pfandsache ausklagen auf Duldung des Verkaufes, ebenso kann er, wenn der Eigenthümer der Pfandsache zugleich persönlicher Schuldner ist, die Forderung ausklagen.

Der Verkauf des Pfandes ist nach B.G.B. § 1235 im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken. Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der

Digitized by Google

Somit regelt diese ganze Materie das B.G.B. Die Gewährung besonderer Rechte an öffentliche Pfandanstalten, Kreditinstitute und Banken in Betreff der Bestellung oder Veräußerung von Pfändern (Art. 313 des A. D. H.G.B.) ist nur im Wege besonderer Reichsgesetzgebung zulässig. Eine Ausnahme besteht nur hinsichtlich der Pfandleiher und Pfandleihanstalten nach Art. 94 des E.B.G.B. (vgl. dazu preuß. Gesetz vom 17. März 1881 und preuß. A.G. zum B.G.B. Art. 41, Anhalt. Gesetz vom 17. März 1899 §§ 8—15, 20, Braunschw. A.G. zum B.G.B. § 64, Lübeck. Gesetz vom 7. November 1899 § 12 ff.). — Von Reichsgesetzen kommt z. B. das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 § 20 in Betracht.

Nr. 2. Lediglich in einem Punkte bleibt das kaufmännische Vertragspfand in Zukunft privilegirt. Nach B.G.B. § 1234 Abs. 2 darf der Verkauf des Pfandes durch den Pfandgläubiger nicht vor Ablauf eines Monats von der vorgeschriebenen Androhung an den Eigenthümer, beziehungsweise, falls die Androhung unthunlich, von dem Eintritt der Verkaufsberechtigung an erfolgen. An Stelle der monatlichen Frist tritt beim kaufmännischen Vertragspfand die Frist von einer Woche.

Nr. 3. a) Das Privilegium betrifft ein kaufmännisches Vertragspfand, d. h. ein solches, bei dem die Verpfändung auf Seiten des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist. Nicht unter das Privileg fällt das Pfändungspfandrecht und das gesetzliche Pfandrecht, soweit nicht für letzteres Abs. 2 Platz greift, sodann nicht das Vertragspfandrecht, dessen Konstituirung nur für einen Theil ein Handelsgeschäft ist. Uebrigens kann die Verpfändung ein beiderseitiges Handelsgeschäft auch dann sein, wenn die Forderung, zu deren Gunsten das Pfand bestellt wurde, nicht aus einem

---

Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken (§ 1221). Der Pfandgläubiger hat den Eigenthümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnisse unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung unthunlich ist (§ 1241).

Ist der Eigenthümer der Pfandsache durch vollstreckbares Urtheil zur Duldung des Verkaufes verurtheilt, so kann der Gläubiger den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen (B.G.B. § 1233 Abs. 2). Das Gleiche gilt natürlich, wenn der Eigenthümer der Pfandsache zugleich persönlicher Schuldner ist und als letzterer ausgeklagt ist.

Alles dies gilt auch für Inhaberpapiere (§ 1293) und das Entsprechende für börsengängige Orderpapiere.

Durch diese Bestimmungen, die nicht Schriftlichkeit des Pfandvertrages voraussetzen, ist der Inhalt des alten Art. 311 im Wesentlichen verallgemeinert worden. Einschränkungen ergeben sich einmal daraus, daß dem Verkauf eine Androhung seitens des Pfandgläubigers, welcher den Geldbetrag zu bezeichnen hat, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll, an den Eigenthümer vorausgehen soll (§ 1254); auf diese Androhung kann freilich verzichtet werden und sie darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist. Ueberhaupt ist sie nicht wesentlich für die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufes, schuldhafte Unterlassung verpflichtet nur zum Schadensersatz (B.G.B. § 1243). Art. 311 verlangte solche Androhung nicht.

Eine weitere Einschränkung ergiebt sich insofern, als der alte Art. 311 den Parteien die Freiheit beließ, über die Form des Pfandverkaufes vorherige Vereinbarungen zu treffen. Das B.G.B. § 1245 Abs. 2 schränkt diese Freiheit mit Bezug auf gewisse Punkte ein. Es kann nicht vorher darauf verzichtet werden,

a) daß der Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung, beziehungsweise bei börsen- oder marktgängigen Waaren durch einen öffentlichen ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirkt werde,

b) daß Zeit und Ort der öffentlichen Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt gemacht wird,

c) daß Gold- und Silbersachen unter dem Metallwerth zugeschlagen, beziehungsweise freihändig verkauft werden.

Alle diese Einschränkungen der Vertragsfreiheit gelten auch für das kaufmännische Pfand. Ebenso greift aber für das kaufmännische Pfand B.G.B. § 1246 Platz. „Entspricht eine von den Vorschriften der §§ 1235—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Betheiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt. Kommt eine Einigung nicht zu Stande, so entscheidet das Gericht" (Amtsgericht, F. G. § 166).

Digitized by Google

beiderseitigen Handelsgeschäft herstammt. So kann ein Kaufmann einem andern Kaufmann ein Pfand für die Schuld seines Bruders, der Arzt ist, bestellen. Natürlich wird sich häufig aus der Natur der gesicherten Forderung der Schluß ziehen lassen, ob die Konstituirung im Betriebe des Handelsgewerbes erfolgt ist. — Daß die Verpfändung schriftlich erfolgt, ist nicht mehr nothwendig.

Nr. 4. b) Das Privilegium greift Platz beim Pfandverkauf, gleichgültig ob dieser im Wege öffentlicher Versteigerung oder aus freier Hand nach B.G.B. § 1221 oder sonstwie durch Einigung der Betheiligung (B.G.B. § 1246) erfolgt. — Auch können die Parteien eine andere Frist vereinbaren, vorausgesetzt, daß der Dritte, dessen Rechte an dem Pfande durch die Veräußerung erlöschen würde, zustimmt (B.G.B. §§ 1245, 1242 Abs. 2).

Nr. 5. c) Die wöchentliche Frist läuft vom Tage der Androhung, d. h. sie endet mit dem Ablauf des Tages der folgenden Woche, der durch seine Benennung dem Androhungstage entspricht (§ 368 Abs. 1, B.G.B. §§ 1234 Abs. 2, 188 Abs. 2, 187). Ist die Androhung unthunlich, so tritt an Stelle des Androhungstages der Fälligkeitstag nach näherer Maßgabe von B.G.B. § 1228 Abs. 2.

Nr. 6. d) Hält der Pfandgläubiger die einwöchentliche Frist nicht ein, so bleibt die Veräußerung trotzdem eine rechtmäßige. Jedoch ist er, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, zum Schadensersatz verpflichtet (B.G.B. § 1243).

Nr. 7. 2. **Absatz 2.** Das Privileg einwöchentlicher Verkaufsfrist hat auch **das gesetzliche Pfandrecht** des Kommissionärs (§§ 397 ff.) und Lagerhalters (§ 421), wenn der Kommittent, beziehungsweise Einlagerer ein Kaufmann und das Kommissions- beziehungsweise Lagergeschäft auch für letzteren ein Handelsgeschäft ist. Es hat weiter das gesetzliche Pfandrecht des Spediteurs (§ 410) und des Frachtführers (§ 440), dieses aber auch dann, wenn der andere Theil nicht Kaufmann ist. Im Uebrigen vgl. bei den einschlägigen §§.

Nr. 8. 3. Unberührt bleiben die besonderen Bestimmungen über das Pfandrecht an registrirten Schiffen und deren Parten (B.G.B. §§ 1259—1272, H.G.B. § 761, Binnenschiffahrtsgesetz § 103 Abs. 3, Zwangsversteigerungsgesetz § 162 ff.).

Nr. 9. 4. Die Bestellungen von Pfändern, die vor dem 1. Januar 1900 erfolgt sind, richten sich nach altem Recht. Aber auch der Inhalt der vor dem 1. Januar bestellten Pfandes richtet sich nach altem Recht. Ueber Einzelfragen K. Lehmann in Z. XLVIII S. 72 ff.

§ 369.

Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigenthum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.

Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet.

Digitized by Google

Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Entw. I § 340, II § 361; Denkschr. I S. 210 ff., II S. 3242.

Litteratur: Thoel, Handelsrecht § 233, Laband in Z. IX, insbesondere S. 482—501, Goldschmidt Hdb. (erste Aufl.) I, 2 §§ 96, 98; Endemann im Hdb. II S. 98—112; v. Hahn zu Art. 313—316; Korn, Das kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen H.G.B. Diss. 1881; Cosack S. 154—159, Dernburg, b. R. III § 282.

Nr. 1. I. Das **kaufmännische Zurückbehaltungsrecht**, das die §§ 369—372 ordnen, unterscheidet sich in Voraussetzungen und Wirkungen erheblich von dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht (B.G.B. §§ 273, 274). Es setzt nicht, wie letzteres, Konnexität von Anspruch und Gegenanspruch (B.G.B. § 273 Abs. 1 „aus demselben rechtlichen Verhältniß") voraus, sondern greift auch für nicht konnexe Forderungen Platz — und es beschränkt sich nicht auf die negative Befugniß der Leistungsverweigerung (B.G.B. § 273 Abs. 1), sondern schließt die positive, nach bürgerlichem Recht nur ausnahmsweise mit ihm verknüpfte (B.G.B. § 1003) Befugniß für den Retentionsberechtigten in sich, „sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen" (§ 371). — Beide Abweichungen, im Laufe des Mittelalters vornehmlich unter dem im kaufmännischen Verkehr maßgebenden Kompensationsgesichtspunkt zur Ausbildung gelangt, nähern es dem Pfandrechte, ohne daß es zum Pfandrecht wird.

Nr. 2. II. **Voraussetzungen** des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Sie lassen sich in drei Arten theilen, solche, welche die Personen, zwischen denen, welche die Forderungen, wegen deren, und welche die Gegenstände, an denen es bestehen kann, betreffen.

1. **Personen**, zwischen denen es bestehen kann. Es kann nur bestehen unter Kaufleuten, d. h. Schuldner und Gläubiger müssen Kaufleute sein, gleichgültig, ob Voll- oder Minderkaufleute. Die Kaufmannseigenschaft muß zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes vorhanden sein, nachträglicher Verlust steht nicht im Wege (Busch XXXVIII S. 239). Ist nur der eine Theil, insbesondere nur der Gläubiger, Kaufmann, so ist der Gläubiger, soweit ihm nicht ein gesetzliches Pfandrecht zusteht, auf das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht beschränkt.

Nr. 3. 2. **Forderungen**, wegen deren es entstehen kann. Es kann nur entstehen:

a) Wegen **Geschäfts**forderungen des Gläubigers, also nicht wegen Forderungen ex lege oder ex delicto. Soweit das Delikt sich zugleich als Verletzung des Vertrages darstellt, ist die Forderung aus der Vertragsverletzung Geschäftsforderung. Auch kann sich eine andersartige Forderung nachträglich in eine Geschäftsforderung verwandeln. Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren gelten als Geschäftsforderungen zwischen dem berechtigten Inhaber des Papieres und dem Schuldner (trotz B.G.B. § 794, vgl. v. Hahn § 6 zu Art. 313, Goldschmidt S. 1040, R.G.E. IX S. 45, Adler-Clemens Nr. 412). Die Forderung muß natürlich klagbar sein, das Retentionsrecht besteht also nicht wegen Forderungen aus Differenzgeschäften. Daß die Forderung verjährt ist, wird nicht im Wege stehen (arg. B.G.B. § 223).

Nr. 4. b) Nur wegen derjenigen Geschäftsforderungen, welche aus **zwischen Schuldner und Gläubiger** abgeschlossenen Geschäften herrühren, also nicht wegen Forderungen des Gläubigers aus Geschäften mit einem Dritten und ebensowenig wegen Forderungen eines Dritten aus Geschäften mit dem Schuldner, also auch nicht wegen der vom Dritten an den Gläubiger abgetretenen (R.O.H.G. V Nr. 66, R.G.E. XVIII S. 234, Adler-Clemens Nr. 940, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 115) oder kraft Gesetzes auf den Gläubiger übergegangenen Forderungen (Goldschmidt S. 1039), demnach auch nicht wegen Forderungen aus Geschäften des Erblassers mit dem Schuldner (a. A. Cosack S. 155 und, wie es scheint, Bolze XXI Nr. 91). Wohl aber würde das bereits begründete Retentionsrecht mit der Forderung übergehen können (Thoel § 233 S. 715). Natürlich kann das mit dem Dritten geschlossene Geschäft durch Schuldübernahme nachträglich zu einem Geschäft zwischen Schuldner und Gläubiger werden (vgl. z. B. den Fall bei Busch XLI S. 154), dies wird man auch dann anzunehmen haben, wenn der Schuldübernahmeakt sich in der Form der Vermögens- oder Geschäftsübernahme ohne Abschluß zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger vollzieht, z. B. durch Fortführung des Geschäfts mit der Firma (B.G.B. § 419, H.G.B. §§ 25, 27, 28). Der Gläubiger kann das Zurückbehaltungsrecht ihm gegenüber wegen der Forderungen, die er gegen den früheren

Digitized by Google

Inhaber hat, so ausüben, als ob er das Geschäft mit ihm selbst geschlossen hätte (a. A. Thoel).

c) Nur wegen derjenigen Geschäftsforderungen, die aus **beiderseitigen** Handelsgeschäften zustehen. Das Geschäft muß also ein Handelsgeschäft für den Schuldner und für den Gläubiger sein. Was den Schuldner betrifft, so wird bei Inhaberpapieren entsprechend B.G.B. § 794 in dieser Beziehung lediglich der wirthschaftliche Zweck der Ausstellung entscheiden, ebenso bei Accepten von Orderpapieren der des Acceptes (W.O. Art. 21 Abs. 4, B.G.B. § 784 Abs. 2), sonst bei Orderpapieren der Begebungsvertrag; für den Gläubiger wird die Natur des dem Erwerb des Papieres zu Grunde liegenden Geschäftes maßgebend sein (v. Hahn a. a. O.; R.G.E. IX S. 49, 50). Die Vermuthungen des § 344 greifen hier Platz. Nr. 5.

d) Regelmäßig, wie im B.G.B. § 273, nur wegen **fälliger** Forderungen (vgl. jedoch § 370). Die Fälligkeit muß vorhanden sein im Augenblicke der Geltendmachung des Retentionsrechtes (Goldschmidt S. 1041). Ueber die Fälligkeit entscheidet das maßgebende Recht der Forderung. Handelt es sich um den Deckungsanspruch des Acceptanten gegen den Aussteller der Tratte, so wird der Anspruch regelmäßig mit Verfall des Wechsels fällig sein (R.O.H.G. XVIII S. 66), kann es aber ausnahmsweise schon vorher. Nicht nothwendig ist, daß der Schuldner in Verzug, daß die Forderung liquid, daß sie konnex mit der Gegenforderung des Schuldners auf Herausgabe der retinirten Objekte (vgl. jedoch den besonderen Fall des Depotgesetzes § 8 Abs. 2), daß sie eine Geldforderung ist. Doch muß die andersgeartete Forderung wenigstens in eine Geldforderung übergehen können, da die Wirkung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts — Verkauf des Retentionsobjektes und Befriedigung aus dem Erlöse — nur diesenfalls möglich ist. Vgl. die diesbezügliche Bestimmung beim Pfandrechte (B.G.B. § 1228 Abs. 2). Nr. 6.

3. **Gegenstände, an denen es entstehen kann.** Es kann nur entstehen: Nr. 7.

a) **An beweglichen Sachen und Werthpapieren** (Abweichung von B.G.B. § 273), also nicht an Grundstücken, nicht an Forderungen (Adler-Clemens Nr. 150) oder anderen Rechten (z. B. Patentrechten, Mitgliedschaftsrechten, die nicht durch Werthpapiere dargestellt sind), nicht an sonstigen Leistungen, z. B. Handlungen (Rechnungslegung, Leistung eines Wechselacceptes, vgl. Z. XVII S. 194). Ist über die Forderung eine Urkunde ausgestellt, ohne daß von Werthpapieren gesprochen werden kann (z. B. Lebensversicherungspolice, Hypothekenbrief, bloße Beweisurkunde), so könnte es an sich an der Urkunde entstehen, denn diese ist eine bewegliche Sache. Nur würde der Verkauf der Urkunde allein zu keinem Resultat führen, auch würde im Konkurse des Schuldners ein Absonderungsrecht an der Forderung nicht geltend gemacht werden können (R.G.E. XX S. 135, XXIX S. 301, 302). Da aber das kaufmännische Retentionsrecht eben nur jener Wirkungen wegen geschaffen ist, so hat mit Recht das Reichsgericht in den beiden aufgeführten Entscheidungen für derartige Urkunden die Möglichkeit eines kaufmännischen (nicht eines bürgerlichen) Retentionsrechtes überhaupt geleugnet (anders das R.O.H.G. III Nr. 33, VI Nr. 39, IX Nr. 75). — Daß das Werthpapier negotiabel ist (wie in § 1 vgl. daselbst Nr. 49), ist nicht nothwendig. So würden auch vinkulirte Namensaktien hierher gehören (R.G.E. XXXVI S. 38—40), nicht dagegen Hypothekenbriefe. — Urkunden, die einen selbständigen Vermögenswerth haben (Autogramme, Briefe berühmter Männer, Handschriften), sind selbstverständlich „bewegliche Sachen". — An Geld kann es nur dann entstehen, wenn es sich um einzelne Geldstücke oder versiegelte Rollen oder in specie herauszugebende Stücke handelt, denn bei einer Summenschuld kann weder Eigenthum des Schuldners noch Zurückübertragung des Eigenthums an den Schuldner (im Sinne des § 369 Abs. 1 Schluß) in Frage kommen (v. Hahn zu Art. 313 § 7, R.G.E. XII S. 90).

b) Nur an solchen beweglichen Sachen und Werthpapieren, **die der Gläubiger in Besitz hat.** Unter Besitz ist sowohl der unmittelbare wie der mittelbare Besitz des B.G.B. zu verstehen (vgl. O.L.G. Dresden in Z. XL S. 495). Besitzdienerschaft genügt dagegen für den Gläubiger nicht; darum hat der Handlungsreisende kein Retentionsrecht an Musterkollektionen u. dgl., die er der Kundschaft vorlegen soll. Vgl. § 59 Nr. 16. — Auch darf nicht der Schuldner selbst unmittelbarer, der Gläubiger mittelbarer Besitzer sein (vgl. R.O.H.G. X Nr. 33), wohl aber kann der Schuldner Besitzdiener des Gläubigers nach B.G.B. § 855 sein. Die §§ 1205, 1253 des B.G.B. finden hier entsprechende Anwendung. Auch Einräumung des Mitbesitzes nach Maßgabe des B.G.B. § 1206 würde genügen. Nr. 8.

Digitized by Google

Daß die Sachen beschlagnahmt sind oder daß der etwaige unmittelbare Besitzer, z. B. der Frachtführer, auch seinerseits ein Zurückbehaltungs- oder Pfandrecht geltend macht gegenüber dem Gläubiger, macht nichts aus (vgl. R.O.H.G. XIV Nr. 40, v. Hahn § 13 zu Art. 313). —

Der Besitz des Retinirenden wird gewöhnlich Fremdbesitz, ausnahmsweise Eigenbesitz sein. —

Nr. 9. Als Spezialfall des im Besitz Habens führt das Gesetz an, daß der Gläubiger mittelst Traditionspapieres darüber verfügen kann. Das Traditionspapier muß nicht bloß in der Hand des Gläubigers sein, sondern auch auf den Gläubiger lauten, sei es, daß dieser Adressat oder Indossatar ist (bei Blankoindossament fällt das Erforderniß natürlich fort). Lautet das Papier dagegen auf einen Dritten, insbesondere den Schuldner, so erwirbt der Gläubiger zwar ein Retentionsrecht am Papier, weil es ein Werthpapier ist, aber nicht an der Waare (Staub § 369 Anm. 28, 29). Folglich würde er im letzteren Falle zum Verkauf der Waare nie schreiten können, wohl aber würde er das Papier nach Erwirkung eines vollstreckbaren Titels gemäß B.G.B. § 1295 oder im Wege des Verkaufes gepfändeter Sachen verkaufen lassen können. Auch hätte er das Recht der Einziehung des Gutes gemäß B.G.B. § 1294, im letzteren Falle würde dann das eingezogene Gut an Stelle des Papieres treten. Praktisch träten also ähnliche Folgen ein. Vgl. hierzu Staub § 371 Anm. 23—25.

Nr. 10. c) Diese Sachen müssen **mit Willen des Schuldners** in den Besitz des Gläubigers gelangt sein, d. h. der Schuldner muß den Besitz entweder selbst oder durch einen Stellvertreter dem Gläubiger übertragen haben oder muß mit dem sonstigen Besitzerwerb, sei es Uebertragung durch einen Dritten, sei es einseitiger Besitzergreifungsakt des Gläubigers, einverstanden gewesen sein. War die Sache ohne Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt und erklärt nachher der Schuldner sich damit einverstanden, so genügt auch dies. Einverständniß des Schuldners kann auch dann vorliegen, wenn der Schuldner von dem Besitzerwerbungsakt durch den Gläubiger nichts Genaueres weiß (R.G.E. IX S. 48). Das Einverständniß des Schuldners muß aber nicht bloß vorhanden sein damals, als der Besitzerwerb des Gläubigers stattfand, sondern auch zur Zeit, wo das Retentionsrecht ausgeübt wird, sofern der Schuldner berechtigt war, sein Einverständniß zurückzuziehen. Hatte demnach der Schuldner dem Gläubiger die Sache lediglich in Verwahrung gegeben oder ohne Zeitbestimmung geliehen und sie zurückgefordert (B.G.B. §§ 695, 604), so würde der Gläubiger, wenn nach der Rückforderung die Forderung fällig wird, wider Willen des Schuldners besitzen. Anders, wenn die Sache auf feste Zeit geliehen oder vermiethet war (vgl. v. Hahn § 9 zu Art. 313). Beruhte das Einverständniß des Schuldners auf Irrthum, Zwang oder Betrug, so wären die Grundsätze des B.G.B. § 119 ff. hier anzuwenden. — Hatte ein Dritter den Besitz übertragen, so entscheidet das zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bestehende Rechtsverhältniß, ob der Dritte Rückübertragung des Besitzes verlangen darf und der Gläubiger kann sich dem Verlangen des Dritten nicht unter Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Schuldner entziehen.

Nr. 11. d) Sie müssen auf Grund von **Handelsgeschäften** in den Besitz des Gläubigers gelangt sein. Diese Handelsgeschäfte brauchen nicht beiderseitige zu sein, es genügt, wenn das Geschäft auf Seite des dadurch den Besitz erwerbenden Gläubigers ein Handelsgeschäft ist, wofür die Rechtsvermuthung des § 344 spricht. Sie brauchen auch nicht Geschäfte des Gläubigers mit dem Schuldner zu sein, auch Geschäfte mit Dritten, die entweder für den Schuldner als dessen Beauftragte oder negotiorum gestores oder für sich handeln, fallen hierher. Sie brauchen auch nicht ausgeführt zu sein. Nach der Judikatur gelten auch bloße, in der beiderseitigen Erwartung eines Handelsgeschäfts gemachte Zusendungen als handelsgeschäftliche Hergänge im Sinne des § 369 (vgl. R.O.H.G. VII Nr. 53, X Nr. 50, R.G.E. XXVI S. 59, 60, Bolze X Nr. 128), während an rein unbestellt zugesendeten Waaren ein Retentionsrecht nicht ausgeübt werden kann (Hanausek, Haftung I S. 236 Anm. 27 vgl. Z. XVII S. 200 f.). — Handelsgeschäft muß dabei dasjenige Geschäft sein, auf welches zur Zeit der Ausübung des Rechtes unmittelbar der Besitz des Retinirenden zurückführt, folglich bei mehreren, zeitlich auf einander folgenden Geschäften, durch die der Besitz seine Prolongation erfährt, das der Entstehung des Retentionsrechtes zeitlich am nächsten stehende; ist letzteres kein Handelsgeschäft, wenngleich das vorangehende ein Handelsgeschäft war, so greift das Zurückbehaltungsrecht nicht Platz.

Digitized by Google

e) Sie müssen **dem Schuldner gehören.** Gehören sie einem Dritten,[1]) so greift § 369 diesem gegenüber nicht Platz, auch dann nicht, wenn der Gläubiger des guten Glaubens war, daß sie dem Schuldner gehörten oder daß dieser verfügungsberechtigt wäre. § 366 bezieht sich nicht auf das Zurückbehaltungsrecht (R.G.E. III S. 154, XIII S. 130, R.O.H.G. XV Nr. 118). Wohl aber würde das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner gegenüber Platz greifen, falls dieser den Gläubiger zu der Annahme veranlaßt hat, daß ihm die Sachen gehören (v. Hahn § 8 zu Art. 313, Bolze VIII Nr. 110). — Sie können dem Schuldner zu alleinigem Eigenthum oder zu Miteigenthum gehören. Letzterenfalls ergreift das Zurückbehaltungsrecht die betr. Quote (B.G.B. § 747), bei gesammter Hand entscheidet das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß.[2]) Nr. 12.

Sie müssen dem Schuldner gehören **zur Zeit der Entstehung des Retentionsrechtes.** Nr. 13. Wieweit nachheriger Verlust des Eigenthums des Schuldners oder nachheriges Entstehen von dinglichen Rechten Dritter das Zurückbehaltungsrecht aufzuheben geeignet ist, ist später (vgl. bei Nr. 20) zu erörtern. Nimmt deshalb der Gläubiger vom Schuldner als Bevollmächtigter eines Dritten die Eigenthumsübertragung an den Dritten entgegen, so hat er an den Sachen kein Retentionsrecht, weil sie in Folge der Uebertragung dem Dritten gehören (R.G.E. II Nr. 1). Den Beweis für das Eigenthum des Schuldners hat der Gläubiger zu erbringen (R.G.E. III S. 154). Ist der Dritte, dem sie gehören, mit der Ausübung des Retentionsrechtes einverstanden, so greift es freilich ebenfalls Platz. Solch' Einverständniß liegt aber dann noch nicht vor, wenn der Dritte zu einer Verpfändung an den Gläubiger wegen eines bestimmten Anspruches seine Zustimmung ertheilte. Vielmehr erstreckt sich diese Zustimmung dann nur auf jenen Fall (R.G.E. XIII S. 130). — Gehören die Sachen dem Gläubiger selbst, so ist das Zurückbehaltungsrecht ebenfalls ausgeschlossen. Nur, wenn das Eigenthum von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist, soll das Retentionsrecht ebenfalls begründet sein. Diese vom neuen Gesetzbuch gemachte Ausnahme umfaßt somit nicht alle Fälle, in denen der Gläubiger verpflichtet ist, dem Schuldner das Eigenthum an den Sachen zu verschaffen, insbesondere (gegen Dernburg S. 766) nicht den Fall, daß der Gläubiger als Verkäufer verpflichtet ist, dem Schuldner als Käufer das Eigenthum an den verkauften Waaren zu übertragen (R.O.H.G. XIX Nr. 17, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 115, sehr unzweckmäßig vgl. Cosack S. 156, v. Krawel in Busch XXXIII S. 263), sondern nur solche, in denen es sich um die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigenthums handelt, weil in derartigen Fällen nach der Verkehrsauffassung die Sache als ökonomisch dem Schuldner gehörig angesehen wird. Dahin gehören Fälle, in denen der Käufer die in sein Eigenthum bereits übergegangene Waare dem Verkäufer unter Erhebung des Anspruches auf Wandelung zur Verfügung stellt (vgl. bei § 377, auch R.G.E. XLIII S. 39) oder in denen der Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung die Sache dem Schuldner zurückzugewähren hat oder in denen der Gläubiger den als Remesse übersandten und von ihm weiter indossirten Wechsel einlösen mußte (vgl. Denkschr. II S. 3242). — Sie bezieht sich auch nur auf Speziessachen, handelt es sich um Gattungsleistung (Darlehn, irreguläres Depositum), so kann von einer Rückübertragung des Eigenthums an den Sachen keine Rede sein (R.G.E. XII S. 89). Auch sind die Ausnahmefälle im Uebrigen den gleichen Voraussetzungen, wie die Regelfälle unterworfen, d. h. es muß sich auch hier um bewegliche Sachen oder Werthpapiere, die der Gläubiger mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz bekommen hat, handeln. Hat der Gläubiger auf Grund von Nichthandelsgeschäften das Eigenthum erhalten oder es sich im Wege der Zwangsvollstreckung verschafft oder zwar Eigenthm, aber nicht Besitz erhalten, so greift das Zurückbehaltungsrecht nicht Platz. — Das Eigenthum muß der Schuldner oder ein Dritter für den Schuldner dem Gläubiger übertragen haben, d. h. entweder muß der Schuldner in

[1]) Als Dritter würde die offene Handelsgesellschaft mit Bezug auf den Gesellschafter und der Gesellschafter mit Bezug auf die offene Handelsgesellschaft anzusehen sein. Demnach wäre der Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht berechtigt, Sachen der Gesellschaft zu retiniren, dagegen könnte der Gesellschaftsgläubiger Sachen des Gesellschafters wegen des Anspruches aus § 128 retiniren.

[2]) So würde der Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters nicht das Retentionsrecht an zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen haben, für Gütergemeinschaft B.G.B. § 1443.

Digitized by Google

Person oder durch seinen Stellvertreter seine eigene Sache oder es muß ein Dritter seine Sache, letzterer aber für den Schuldner, dem Gläubiger übertragen, z. B. der Dritte hat als Verkäufer auf Weisung des Schuldners als Käufer die Sache dem Gläubiger, der sie seinerseits vom Schuldner gekauft hat, übertragen. — Der Gläubiger endlich muß gehalten sein, das Eigenthum zurückzuübertragen. Ist der Gläubiger nur gehalten, die ihm vom Dritten zu Eigenthum übergebene Sache an den Schuldner weiter zu übertragen, z. B. als Einkaufskommissionär an den Kommittenten, so greift § 369 nicht Platz, diesenfalls hilft § 398 aus.

Nr. 14. III. **Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes.** Liegen diese Voraussetzungen vor, so greift das Zurückbehaltungsrecht Platz. Natürlich kann eine entgegenstehende Vereinbarung es gänzlich und für alle Fälle ausschließen, denn es handelt sich nur um einen dispositiven Rechtssatz. Aber auch ohne solchen gänzlichen Ausschluß soll es nicht eintreten, wenn es in Widerspruch steht mit der Anweisung des Schuldners oder der Verpflichtung des Gläubigers, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren. Solchenfalls bleibt es nur als Nothrecht nach § 370 Abs. 2 unter gewissen Voraussetzungen bestehen. Dies ist nicht eine Singularität des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, es gilt vielmehr ebenso für das bürgerliche (B.G.B. § 273, R.G.E. IX S. 295). Die Privatdisposition, welche das Schicksal der Waare bestimmt, soll das Retentionsrecht ausschließen, soweit letzteres mit der Erfüllung des Schicksals nicht verträglich ist. Wann dies der Fall ist, ist Thatfrage. Zweifellos gehören dahin Uebergabe der Sache zum Zwecke der Veräußerung (z. B. an den Agenten oder Kommissionär), des Transportes (Adler-Clemens Nr. 270, vgl. hierüber bei §§ 410, 440), Uebergabe des Wechsels zur Einkassirung, aber auch Uebergabe zum Zwecke der Bereithaltung zur jederzeitigen Verfügung, sei es eines Dritten, sei es des Uebergebenden (R.O.H.G. XIX Nr. 108, R.G.E. XII S. 91), regelmäßig auch Uebergabe behufs Probe (vgl. v. Hahn § 19 zu Art. 313, anders § 23 zu Art. 339, Goldschmidt S. 1046, Busch VIII S. 78, entgegengesetzter Ansicht Staub § 369 Anm. 42); dagegen nicht ohne Weiteres Uebergabe behufs Verwahrung (O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 117, vgl. bei § 421), behufs Bearbeitung, behufs Leihe (O.L.G. Dresden in Z. XLIII S. 358, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 117, R.O.H.G. XII Nr. 8), zum Zwecke der Erfüllung der geschuldeten Leistung (R.G.E. XXVI Nr. 12); hier muß vielmehr der Wille der Parteien, daß die Sache dem Nexus des Zurückbehaltungsrechts entzogen sein solle, deutlich erhellen. Auch die Entbindung von der dem Käufer nach § 379 obliegenden Pflicht der Aufbewahrung enthält noch nicht eine das Retentionsrecht ausschließende Privatdisposition (Hanausek, Haftung II S. 131 Anm. 5).

Hinsichtlich der **Privatdisposition** selbst gilt Folgendes:

Nr. 15. a) Einer bestimmten Form bedarf sie nicht; sie kann ausdrücklich und stillschweigend erfolgen.

Nr. 16. b) Grundsätzlich besteht sie in der Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger, also in der Uebernahme der Verpflichtung von Seiten des Gläubigers. Eine einseitige Anweisung des Schuldners kann nur dann in Frage kommen, wenn der Gläubiger einer Offerte des Schuldners ablehnend gegenübersteht, z. B. als Kommissionär die Kommission zurückweist. Nimmt der Gläubiger die Offerte des Schuldners an, so tritt damit an Stelle der einseitigen Anweisung die Vereinbarung. Soweit die einseitige Anweisung in Frage kommt, muß sie vor oder bei der Uebergabe der Sache ertheilt werden. Nachträglich ertheilte Anweisungen können das einmal erwachsene Retentionsrecht nicht beseitigen, sondern nur einem möglicherweise künftig erwachsenden Retentionsrecht vorbeugen (L.G. Frankfurt in Z. XXXV, 266).

Nr. 17. c) Ist die aus der Privatdisposition erwachsene Verpflichtung des Gläubigers erledigt, z. B. der Wechsel behufs Einkassirung vergeblich vorgelegt und protestirt, die zum Transport übergebene Sache dem Empfänger vergeblich angeboten, so kann nachträglich das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers an den ihm übergebenen Sachen Platz greifen. Denn in der Uebergabe der Sache zu jenen Zwecken lag nur der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes, soweit er jenen Zwecken widersprach, nicht der Ausschluß überhaupt (vgl. insbes. bei §§ 410, 440).

Nr. 18. IV. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht **greift nur soweit Platz, als die Sicherheit des Gläubigers es erfordert.** Ist demnach der Gläubiger durch Pfand oder sonstige Sicherheit nach B.G.B. § 232 Abs. 1 (jedoch nicht durch Bürgen) für den Betrag seiner Forderung geschützt, so steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht

Digitized by Google

nicht zu. Dies ergiebt sich aus dem Zwecke des Institutes und § 369 Abs. 4 (vgl. R.O.H.G. II Nr. 15). Mit dem Erlöschen der Sicherheit kann das Retentionsrecht neu erwachsen. Bei theilbaren Sachen beschränkt es sich auf einen der Höhe der Forderungen entsprechenden Theil (R.O.H.G. II Nr. 86).

V. Umgekehrt greift das kaufmännische Retentionsrecht auch an Sachen Platz, an denen der Gläubiger ein Pfandrecht wegen einer anderen Forderung hat. Diesenfalls ist der Gläubiger zugleich pfand- und retentionsberechtigt. Nr. 19.

VI. **Rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechts.** Das Zurückbehaltungsrecht ist, wie R.G.E. VIII S. 83, XIV S. 154 richtig ausführt, nicht ein dingliches, sondern ein persönliches Recht (a. A. Staub § 369 Anm. 38 und Gareis § 369 Anm. 7). Insbesondere ist es kein gesetzliches Pfandrecht, wenngleich es mit Wirkungen ausgestattet ist, die sonst nur dem Pfandrecht innewohnen. Weil es kein Pfandrecht ist, finden die §§ 366, 367 darauf keine Anwendung, gelten auch sonst nicht die Grundsätze vom Pfandrecht, soweit nicht das Gesetz sie ausdrücklich auf das Zurückbehaltungsrecht erstreckt, z. B. nicht die §§ 1219—1221 des B.G.B. über den Sicherungsverkauf, der § 1294 des B.G.B. bei Werthpapieren u. s. w. Der Retentionsberechtigte hat auch keine petitorische Klage gegen Dritte auf Herausgabe der Sache wie der Pfandgläubiger (B.G.B. § 1227), wohl aber hat er die Besitzklagen (B.G.B. §§ 861, 862) oder etwaige Klagen aus kontraktlichen Beziehungen zu Dritten, z. B. wenn er die Retentionsobjekte einem Dritten in Verwahrung giebt. Veräußert oder belastet der schuldnerische Eigenthümer die Sache, so wird der Dritte nach allgemeinen Grundsätzen Eigenthümer, beziehungsweise dinglich Berechtigter. Ihm kann der Gläubiger nach Abs. 2 des § 369 das Zurückbehaltungsrecht nur insoweit entgegenstellen, als nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts dem Rechtsnachfolger Einwendungen gegen den Anspruch des Rechtsvorgängers auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können (B.G.B. §§ 986 Abs. 2, 1032, 1065, 1205 Abs. 2, 1227, vgl. dazu Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 41 ff.), also nur dann, wenn der Dritte nicht durch reale Tradition,[1]) sondern lediglich durch Abtretung des sei es dinglichen, sei es obligatorischen Anspruches auf Herausgabe der Sache das Eigenthum, beziehungsweise dingliche Recht übertragen erhielt. Erhält der Dritte den Besitz durch Traditionspapier, so greift außerdem § 364 Abs. 2 ein (dies gegen Adler bei Holdheim VI S. 11). — Ist der Retentionsberechtigte zugleich Pfandgläubiger, so schützt ihn B.G.B. § 1249 Satz 2 in Verbindung mit B.G.B. § 268 Abs. 3 dagegen, daß durch Abfindung für die Pfandforderung das Pfandrecht auf den Abfindenden übergeht, weil solchenfalls der Uebergang nicht zum Nachtheil des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Entsteht später ein gesetzliches Pfandrecht eines Dritten, z. B. der aus besonderen Forderungen gegen den Käufer retentionsberechtigte Verkäufer schickt die in das Eigenthum des Käufers bereits übergegangenen Sachen dem Käufer zu und der Frachtführer erwirbt ein gesetzliches Pfandrecht daran, so geht das gesetzliche Pfandrecht dem Retentionsrecht vor, ebenso wird das später entstandene Retentionsrecht eines Dritten durch ein früheres Retentionsrecht nicht beeinträchtigt. Auch dem Verfolgungsrecht des Verkäufers nach R.K.O. § 44 weicht das Zurückbehaltungsrecht (R.O.H.G. VI S. 306 ff., XXIV S. 348, X S. 70, R.G.E. VIII Nr. 20, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 140). — Keine Ausnahme von der persönlichen Natur des Retentionsrechts macht § 372 Abs. 2. Darüber bei § 371 Nr. 5, § 372 Nr. 5. Nr. 20.

Da das Retentionsrecht nur Accessorium ist, ist es nicht selbständig cessibel, wohl aber ist es mit der Forderung abtretbar (Staub § 369 Anm. 7, Adler-Clemens Nr. 940, anders R.O.H.G. X S. 162). Doch geht es nicht, wie das Pfandrecht, ohne Weiteres mit der Forderung auf den Erwerber über, sondern es bedarf einer besonderen darauf gerichteten Willenserklärung (R.O.H.G. V S. 307). — Nach Innen haftet der retinirende Gläubiger für jedes Verschulden, dagegen nicht für Zufall.

VII. Das Zurückbehaltungsrecht endet, abgesehen von der Befriedigung nach § 371, durch Untergang der Forderungen, wegen deren retinirt wird (Erfüllung, Aufrechnung, Konfusion, dagegen nicht durch Verjährung, B.G.B. § 223 findet auf das Zurückbehaltungsrecht analoge Anwendung), ferner durch genügende Sicherheitsleistung Nr. 21.

[1]) War der Dritte durch reale Tradition unter Mitwirkung des Retentionsberechtigten Eigenthümer geworden, so läge darin eine Aufgabe des Retentionsrechtes; doch würde, falls diese Mitwirkung betrügerisch erschlichen war, die exceptio doli Platz greifen. Vgl. Seuffert LV Nr. 22.

Digitized by Google

seitens des Schuldners nach Maßgabe von B.G.B. § 232 Abs. 1, jedoch mit Ausschluß der Sicherheit durch Bürgschaft, durch Erwerb des Eigenthums am Retentionsobjekt seitens des Gläubigers, soweit nicht § 369 Abs. 1 Satz 2 eingreift, durch auch widerwilligen Verlust des Besitzes an den Retentionsobjekten, R.O.H.G. XXV S. 224 („sofern er sie noch im Besitz hat", sagt Abs. 1, a. A. Staub § 369 Anm. 38, der dem Retentionsberechtigten das Recht gewährt, die Herausgabe der Sache vom Dritten zu verlangen), durch Untergang derselben. Ueber sonstige Endigungsgründe oben bei Nr. 20. Die Einräumung des Retentionsrechts kann der paulianischen Anfechtung unterliegen (v. Hahn § 16 zu Art. 313, R.O.H.G. XVII S. 293 vgl. auch R.G.E. IX S. 50).

Nr. 22. VIII. Ueber die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf ältere Verhältnisse K. Lehmann in Z. XLVIII S. 77, 78.

§ 370.

Das Zurückbehaltungsrecht kann auch wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden:

1. wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat;
2. wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist.

Der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts steht die Anweisung des Schuldners oder die Uebernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, nicht entgegen, sofern die im Abs. 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Thatsachen erst nach der Uebergabe des Gegenstandes oder nach der Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden.

Entw. I § 341, II § 362; Denkschr. I S. 212, II S. 3243; A. D. H.G.B. Art. 314.

Nr. 1. **Nothzurückbehaltungsrecht.** Von dem Erforderniß der Fälligkeit der Forderung, wegen der retinirt wird (vgl. bei § 369 Nr. 6), sieht § 370 Abs. 1 bei Unsicherheit des Schuldners ab. Der Begriff der Unsicherheit wird dabei bestimmt umgrenzt. Eine analoge Ausdehnung, z. B. auf den Fall der drohenden Zahlungseinstellung oder den des Arrestes ist unzulässig (v. Hahn § 2 zu Art. 314, R.G.E. III S. 115). Die Forderung muß existiren und unbedingt sein (anders beim Pfandrecht nach B.G.B. § 1204 Abs. 2). Daß die Unsicherheit dem Gläubiger bekannt ist, ist nicht nothwendig, Seuffert LV Nr. 22.

Nr. 2. **Absatz 2.** Im Falle der Unsicherheit des Schuldners soll auch die das Retentionsrecht ausschließende Privatdisposition (§ 369 Abs. 4) dann wirkungslos sein, wenn erst nach ihrem Ergehen die Unsicherheit des Schuldners dem Gläubiger bekannt wird. Ob die Unsicherheit vor oder nach jener Privatdisposition wirklich eingetreten war, ob sie der Gläubiger hätte erkennen oder ersehen müssen, ist gleichgültig. Lediglich der Zeitpunkt der Kenntniß des Gläubigers entscheidet. Es kann die Sache sogar nach der Zahlungseinstellung in den Besitz des Gläubigers gelangt sein (R.G.E. XII S. 91).

Ist das Retentionsrecht schlechthin ausgeschlossen, so darf es auch im Falle des § 370 nicht geltend gemacht werden.

Das ältere Recht (Art. 314) stimmte überein.

§ 371.

Der Gläubiger ist kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen. Steht einem Dritten ein Recht an dem Gegenstande zu, gegen welches das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Absatz 2 geltend gemacht werden kann, so hat der Gläubiger in Ansehung der Befriedigung aus dem Gegenstande den Vorrang.

Digitized by Google

Die Befriedigung erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. An die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monate tritt eine solche von einer Woche.

Sofern die Befriedigung nicht im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet, ist sie erst zulässig, nachdem der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung gegen den Eigenthümer oder, wenn der Gegenstand ihm selbst gehört, gegen den Schuldner erlangt hat; in dem letzteren Falle finden die den Eigenthümer betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Befriedigung auf den Schuldner entsprechende Anwendung. In Ermangelung des vollstreckbaren Titels ist der Verkauf des Gegenstandes nicht rechtmäßig.

Die Klage auf Gestattung der Befriedigung kann bei dem Gericht, in dessen Bezirke der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat, erhoben werden.

Entw. I § 342, II § 363; Denkschr. I S. 212, 213, II S. 3243, 3244; A. D. H.G.B. Art. 315.

§ 371 regelt den Inhalt des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes, § 372 giebt einige Ergänzungen.

Absatz 1. Während das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht nur das Recht gewährt, die Leistung zu verweigern, bis die gebührende Gegenleistung bewirkt wird (B.G.B. § 273 Abs. 1), verleiht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem Gläubiger die weitere Befugniß, sich aus dem Retentionsobjekt für seine Forderung zu befriedigen.[1]) Aus den diesbezüglichen Worten des § 371, welche fast völlig denen des B.G.B. § 1204 über das Pfandrecht entsprechen, erhellt die Annäherung des Zurückbehaltungsrechts an das Pfandrecht, wie denn auch die Befriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des B.G.B. erfolgen soll. Dieses Befriedigungsrecht hat der Retentionsberechtigte gegenüber anderen (auch privilegirten) Gläubigern außerhalb des Konkurses und im Konkurse (als Absonderungsrecht nach K.K.O. § 49 Nr. 4 vgl. jedoch deren §§ 127, 120), im Konkurse jedoch nur dann, wenn es vor der Konkurseröffnung entstanden ist (K.K.O. § 15). Gegenüber dinglich berechtigten Dritten hat er es insoweit, als dem Dritten Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Retentionsobjektes entgegengesetzt werden können (vgl. bei § 369 Nr. 20). Soweit er es hat, hat er den Vorrang in Ansehung der Befriedigung vor diesen, folglich diesen gegenüber auch die Rechte, die B.G.B. § 1232 dem Pfandgläubiger gewährt. Nr. 1.

Absatz 2. Die Befriedigung erfolgt nach den Grundsätzen, die für die Befriedigung des Pfandgläubigers gelten, d. h. regelmäßig durch privaten Verkauf des Retentionsobjektes (B.G.B. § 1228 Abs. 1). Dabei hat er unter mehreren Retentionsobjekten die Wahl, welches verkauft werden soll, er kann aber nur so viele zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist (B.G.B. § 1230). Der Verkauf kann nach den Vorschriften des B.G.B. bewirkt werden, nur daß an Stelle der Verkaufsfrist von einem Monat eine Frist von einer Woche tritt. Er kann aber auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften erfolgen (C.P.O. § 814 ff.). Nr. 2.

Absatz 3. Zum Verkaufe kann der Retentionsgläubiger, anders als der Pfandgläubiger, nicht schon mit Fälligkeit der Forderung, sondern erst mit Erlangung eines vollstreckbaren Titels für sein Recht auf Befriedigung Nr. 3.

[1]) Mit dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht gemeinsam hat das kaufmännische, daß der Schuldner der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen kann, soweit die Forderung durch den Werth der Sache gedeckt ist. Steht dem Gläubiger ein Retentionsrecht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so ist der Widerspruch nur zulässig, wenn auch diese Forderung durch den Werth der Sache gedeckt ist. C.P.O. § 777.

Digitized by Google

schreiten. Fehlt es an solchem, so ist der Verkauf nicht rechtmäßig in demselben Sinne und mit denselben Wirkungen, wie der Pfandverkauf nicht rechtmäßig ist, wenn der Pfandgläubiger zum Verkauf vor Fälligkeit der Forderung schreitet. Was also im B.G.B. für diesen Fall angeordnet ist, muß entsprechend hier angewendet werden. Es greift also Platz B.G.B. § 1243 Abs. 1 („die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig"), B.G.B. § 1242 (die Wirkungen einer rechtmäßigen Veräußerung treten nicht ein), aber es greift auch Platz B.G.B. § 1244: Wenn die Veräußerung in der Form des Verkaufes gepfändeter Sachen oder im Wege öffentlicher Versteigerung, beziehungsweise bei markt- oder börsengängigen Sachen freihändig durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler erfolgt, so treten die Wirkungen des Grundsatzes „Hand wahre Hand" für den Erwerber ein, vorausgesetzt, daß er des guten Glaubens ist, der Gläubiger habe einen vollstreckbaren Titel erlangt. — Natürlich hätte der Gläubiger dem Schuldner den etwaigen, ihm entstandenen Schaden zu ersetzen, wobei er jedoch auf den Erlös seine eigene Forderung gegen den Schuldner verrechnen kann.

Nr. 4. Der vollstreckbare Titel muß sich auch gegen den Eigenthümer des Retentionsobjektes richten; wechselt das Eigenthum am Retentionsobjekt seit dem Besitzerwerb des Gläubigers, so müßte sich der vollstreckbare Titel also gegen den neuen Eigenthümer richten.

Weiß jedoch der Gläubiger vom Eigenthumswechsel nichts, so gilt zu Gunsten des Gläubigers der bisherige Eigenthümer weiter als Eigenthümer, es genügt also der vollstreckbare Titel gegen diesen (§ 372 Abs. 1). Den Beweis des Wissens des Gläubigers hat der Dritte zu erbringen. Gehört das Retentionsobjekt dem Gläubiger selbst (Fall des § 369 Abs. 1 Satz 2), so muß sich der vollstreckbare Titel gegen den Schuldner richten.

Nr. 5. Die **Erwirkung des vollstreckbaren Titels** wird regelmäßig im Wege der Klage geschehen (andere Fälle insbesondere C.P.O. § 794). Diese Klage ist nicht nur eine Klage auf Erfüllung der einzelnen, durch das Retentionsrecht gesicherten Forderung, sondern eine Klage aus dem Retentionsrecht, der Kläger erstrebt nicht Verurtheilung des Schuldners zur Leistung, sondern Gestattung der Befriedigung aus dem Retentionsobjekt im Wege des Verkaufs. Kläger ist der retinirende Gläubiger, Beklagter der Eigenthümer der Sache, beziehungsweise, falls der Gläubiger selbst Eigenthümer ist, der Schuldner. Dabei kommt es auf das Eigenthum zur Zeit der Rechtshängigkeit der Klage an. Nachheriger Eigenthumswechsel ist für den Gläubiger gleichgültig (R.C.P.O. § 265), soweit nicht nach materiellrechtlichen Grundsätzen sein Recht dadurch beseitigt wird (R.C.P.O. § 325). — Ja es darf sogar der Gläubiger, wenn er nicht selbst Eigenthümer ist, bis zum Nachweis des Gegentheils den Schuldner als Eigenthümer ansehen. Hatte der Schuldner vor der Rechtshängigkeit ohne Wissen des Gläubigers das Eigenthum auf einen Dritten übertragen, so wirkt doch das rechtskräftige Urtheil, das gegen den Schuldner ergangen ist, auch gegen den Dritten, vorausgesetzt, daß gegen den Dritten überhaupt das Retentionsrecht nach § 369 Abs. 2 geltend gemacht werden konnte. § 372 Abs. 2 will nicht über § 369 Abs. 2 hinausgehen, sondern nur dem rechtskräftigen Urtheil gegen den Schuldner prozessuale Wirkungen auch gegen den Dritten beimessen.

Nr. 6. Der Klageantrag geht auf Gestattung der Befriedigung aus dem Retentionsobjekt. Die näheren Modalitäten der Befriedigung, insbesondere des Verkaufes, regelt das Gesetz, der Kläger braucht sie nicht anzugeben und das Urtheil braucht sie nicht zu enthalten.

Nr. 7. Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk Kläger seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat, doch kann auch ein sonstiges, nach den Vorschriften der C.P.O. zuständiges Gericht angegangen werden. Dies macht die Fassung des Abs. 4 unzweifelhaft. Unter Gerichtsstand der Niederlassung des Klägers wird der Gerichtsstand derjenigen Niederlassung zu verstehen sein, in deren Betrieb das Retentionsrecht entstanden ist (Staub § 371 Anm. 7).

Nr. 8. Auf Grund des rechtskräftigen oder vollstreckbaren Urtheils **ist dann der Kläger berechtigt, zum Verkaufe zu schreiten.** Dabei hat er, wie bemerkt, die Wahl zwischen Verkauf nach den Vorschriften des B.G.B. und Verkauf nach den Vorschriften der C.P.O. über Verkauf von gepfändeten Sachen (B.G.B. § 1233 Abs. 2). Wählt er Verkauf nach den Vorschriften des B.G.B., so hat er, soweit dies thunlich, dem Eigenthümer, als welcher bis zur Kenntniß des Gegentheils der Schuldner für ihn gilt (§ 372 Abs. 1), beziehungsweise, falls er selbst Eigenthümer

Digitized by Google

ist, dem Schuldner den Verkauf eine Woche vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll (B.G.B. § 1234, H.G.B. § 371 Abs. 2). Ebenso hat er von dem vollzogenen Verkauf diese Personen, soweit thunlich, unverzüglich zu benachrichtigen (B.G.B. § 1241). Schuldhaftes Unterlassen dieser Androhung beziehungsweise Benachrichtigung verpflichtet zum Schadensersatz, ohne den Verkauf seiner Rechtskraft zu berauben (B.G.B. § 1243 Abs. 2).

Im Uebrigen finden die Vorschriften über Art des Verkaufes (öffentliche Versteigerung, bei börsen- oder marktgängigen Waaren aus freier Hand durch einen dazu ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person), Kaufbedingungen, Bietungsrecht, Wirkungen des Verkaufes u. s. w., die das B.G.B. aufstellt, durchaus Anwendung. Soweit nach dem B.G.B. der Eigenthümer in Frage kommt (B.G.B. §§ 1239, 1245—1247), tritt, falls der Gläubiger selbst Eigenthümer des Retentionsobjektes ist, nach Erlangung des vollstreckbaren Titels der Schuldner an Stelle des Eigenthümers. — Handelt es sich um Inhaberpapiere, so greift B.G.B. §§ 1293, 1294, um Orderpapiere, B.G.B. §§ 1295, 1294 Platz. Zu bemerken ist bei Orderpapieren, daß, falls der Gläubiger von dem Einziehungsrecht nach B.G.B. § 1294 Gebrauch macht, der Schuldner aus dem Orderpapiere ihm alle Einwendungen entgegenstellen kann, die er gegen den Eigenthümer des Orderpapieres, das das Retentionsobjekt bildet, hat; denn der Gläubiger ist ja nicht Indossatar, sondern er macht nur die Forderung des Eigenthümers des Orderpapieres geltend (Staub § 371 Anm. 20). Bei sonstigen Werthpapieren über eine Forderung tritt an Stelle des Verkaufes Einziehung nach B.G.B. § 1282. Lauten sie nicht über eine Forderung, sondern z. B. über ein Mitgliedschaftsrecht, so greift B.G.B. § 1277 Platz. Nr. 9.

Wählt der Gläubiger Verkauf nach den Vorschriften der C.P.O. über gepfändete Sachen, so greifen die §§ 814 ff. C.P.O. Platz; B.G.B. §§ 1241 bis 1244 kommen auch hier zur Anwendung.

Der Erlös fällt dem Gläubiger bis zum Betrage der (auch nicht fälligen) Forderungen, wegen deren das Retentionsrecht bestand, zu, der Ueberschuß gebührt dem Eigenthümer, beziehungsweise, falls der Gläubiger Eigenthümer ist, dem Schuldner. Die Vorschriften des B.G.B. über das Ablösungsrecht Dritter (B.G.B. §§ 1249, 268) sind hier ebenfalls anzuwenden. Nr. 10.

Die **Wirkung des Verkaufes** regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Erfolgt der Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung, so wird der gutgläubige Erwerber Eigenthümer, auch wenn die Sache gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen war (B.G.B. § 935 Abs. 2); erfolgt er im Wege freihändigen Verkaufes, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze (B.G.B. §§ 932—935, H.G.B. § 366). Nr. 11.

Bemerkt werden mag endlich, daß der retentionsberechtigte Gläubiger natürlich nicht gehindert ist, die gesicherte Forderung im gewöhnlichen Wege auszuklagen und nach erlangtem Vollstreckungstitel in das Retentionsobjekt Vollstreckung zu nehmen. Auf diese „Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung" verweist ja Abs. 3 ausdrücklich hin. Doch wird dieser Weg selten gewählt werden. Nr. 12.

Nach altem Recht ging der Anspruch stets auf Verkauf des Retentionsobjektes. Dies würde für Retentionsrechte, die nach altem Recht entstanden sind, weiter gelten, doch wird meist dann auch ein Retentionsrecht nach neuem Recht begründet sein. Nr. 13.

§ 372.

In Ansehung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande gilt zu Gunsten des Gläubigers der Schuldner, sofern er bei dem Besitzerwerbe des Gläubigers der Eigenthümer des Gegenstandes war, auch weiter als Eigenthümer, sofern nicht der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer ist.

Erwirbt ein Dritter nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers von dem Schuldner das Eigenthum, so muß er ein rechtskräftiges Urtheil, das in einem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wegen Gestattung der Befriedigung geführten Rechtsstreit ergangen ist, gegen sich gelten lassen,

Digitized by Google

sofern nicht der Gläubiger bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer war.

Entw. I § 343, II § 364; Denkschr. I S. 214, II S. 3244.

Nr. 1. **Absatz 1**, dessen Bedeutung bereits bei § 371 Nr. 4 gewürdigt ist, ist eine Nachbildung von B.G.B. § 1248. Praktische, zum Theil bereits berührte Folgerungen sind: Trotz Eigenthumswechsels seit dem Besitzerwerb des Gläubigers reicht die gegen den alten Eigenthümer gerichtete Klage, beziehungsweise der gegen den Schuldner erwirkte vollstreckbare Schuldtitel als Grundlage für die Befriedigung des retentionsberechtigten Gläubigers aus, vorausgesetzt, daß materiellrechtlich dem neuen Erwerber gegenüber das Retentionsrecht überhaupt geltend gemacht werden kann (§§ 369 Abs. 2, 372 Abs. 2). Der Gläubiger kann dem alten Eigenthümer den Verkauf androhen, ihn von dessen Vornahme und Ergebniß benachrichtigen und mit ihm eine abweichende Art des Verkaufes vereinbaren (B.G.B. §§ 1234, 1241, 1245).

Nr. 2. Aber nur in Ansehung der Befriedigung aus dem Retentionsobjekt gilt der alte Eigenthümer weiter als Eigenthümer, nicht in anderen Beziehungen. Klagt z. B. ein Dritter, der nach Erlangung des Besitzes seitens des Gläubigers Eigenthümer des Retentionsgegenstandes geworden ist, die Sache vom Gläubiger ein, so kann dieser sich nicht auf seinen guten Glauben stützen, sondern nur insoweit, als es § 369 Abs. 2 und § 372 Abs. 2 gestatten, sein Retentionsrecht geltend machen. — —

Nr. 3. Auch nur zu Gunsten des Gläubigers gilt der alte Eigenthümer als Eigenthümer. Was Dritte betrifft, so entscheiden hinsichtlich dieser die allgemeinen Grundsätze.

Nr. 4. Wissen des Gläubigers schließt die Präsumtion aus, nicht genügt Wissenmüssen. Das Wissen schon des Nichteigenthums ist hinreichend, nicht nöthig ist, daß der Gläubiger weiß, wer Eigenthümer ist. —

Uebrigens wird die gleiche Präsumtion auch hinsichtlich des neuen Eigenthümers Platz greifen, dem gegenüber der Gläubiger nach § 369 Abs. 2 das Retentionsrecht geltend machen kann. Der Gläubiger kann den neuen Eigenthümer so lange als Eigenthümer betrachten, bis er weiß, daß an seine Stelle ein Dritter als Eigenthümer getreten ist. —

Nr. 5. **Absatz 2.** Auch hierüber ist bei § 371 Nr. 5 gehandelt worden. An sich müßte ja die Klage gegen den Eigenthümer des Retentionsobjektes gerichtet werden. Nach Abs. 2 wirkt aber das gegen den Nichteigenthümer gefällte rechtskräftige Urtheil auch gegen den Dritten, sofern wenigstens zur Zeit des Besitzerwerbes seitens des Gläubigers der Beklagte Eigenthümer war, es sei denn, daß der Gläubiger zur Zeit der Rechtshängigkeit wußte, daß der Beklagte nicht mehr Eigenthümer sei. Nothwendig ist also,

a) daß der Schuldner Eigenthümer zur Zeit des Besitzerwerbes des Gläubigers war. Daß der Besitzerwerb in Gemäßheit von § 369 erfolgt sein muß, ist natürlich;

b) daß der Gläubiger zur Zeit der Rechtshängigkeit nicht wußte, der Schuldner sei nicht mehr Eigenthümer. Daß er es später erfuhr, ist gleichgültig (C.P.O. §§ 265, 325), ebenso, daß er hätte wissen müssen. Es genügt andererseits Wissen vom Nichteigenthum, nicht erforderlich ist Wissen, wer Eigenthümer an Stelle des Schuldners geworden ist. Den Beweis des Wissens des Gläubigers hat der Schuldner zu erbringen;

c) daß ein rechtskräftiges Urtheil in dem Prozeß zwischen Schuldner und Gläubiger ergangen ist, Vollstreckbarkeit genügt nicht;

d) die Bestimmung greift dann nicht Platz, wenn nach materiellem Recht der Dritte freies Eigenthum erlangt. Sie wirkt also nur gegen den Dritten, dem nach § 369 Abs. 2 der Gläubiger sein Retentionsrecht entgegensetzen kann.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.
Handelskauf.

Vorbemerkung.

Denkschr. I S. 229, 230, II S. 3250, 3251.

Die Ueberschrift dieses Abschnittes führt irre. Die §§ 373—382 enthalten nicht bloß Rechtsnormen über den Handelskauf, und andererseits betreffen ihre Rechtsnormen nicht jede Art des Handelskaufes. Sie enthalten nicht bloß Rechtsnormen über den Handelskauf, denn wie § 381 Abs. 2 ergiebt, beziehen sie sich auch auf den Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare bewegliche Sache, obwohl dieser nach dem B.G.B. § 651 ein Mischding von Kauf- und Werkvertrag ist.[1]) Und sie beziehen sich andererseits nicht auf jede Art des Handelskaufes, vielmehr nur auf den Kauf von Waaren und Werthpapieren (§ 381 Abs. 1), also weder auf den Kauf von Grundstücken noch auf den Kauf von Vermögensganzen (B.G.B. §§ 310, 311) noch auf den Kauf von Rechten, obwohl auch diese Handelsgeschäfte sein können. Ueber den Begriff der Waaren und Werthpapiere oben § 1 Nr. 44—49. Nr. 1.

Für Kauf und Werklieferungsvertrag greifen sie auch nur insoweit Platz, als diese Handelsgeschäfte sind, d. h. als mindestens auf der einen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist (§ 345). Ja, die Vorschriften der §§ 377—379 setzen sogar voraus, daß das Geschäft ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, daß also Verkäufer und Käufer, beziehungsweise Unternehmer und Besteller Kaufleute sind. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so gilt das bürgerliche Recht. — Nr. 2.

Der Inhalt dieses Abschnittes entbehrt jeder Abrundung. Ganz zerstreute Bestimmungen sind in ihm vereinigt. Die §§ 373, 374 betreffen die Folgen des Annahmeverzuges auf Seite des Käufers, der § 375 einen besonderen Fall des Leistungsverzuges beim Käufer (Spezifikationskauf), der § 376 die Folgen des Leistungsverzuges beim Fixgeschäft, die §§ 377, 378 die bei gewissen Vertragswidrigkeiten platzgreifende Untersuchungs- und Reklamationspflicht des Käufers, der § 379 die Aufbewahrungspflicht des Käufers, während endlich der § 380 eine Interpretationsnorm über die Berechnung des Kaufpreises enthält. Das Anwendungsgebiet dieser Bestimmungen wird dann durch die §§ 381, 382 näher abgegrenzt. Nr. 3.

Sehen wir näher zu, so handelt es sich meist um Privilegien des Verkäufers. Dem Käufer werden entweder besondere Pflichten auferlegt, die ihm nach bürgerlichem Recht nicht obliegen (so §§ 377—379), oder der Verkäufer wird mit Rechten ausgestattet, die das B.G.B. ihm versagt (so §§ 373, 375). Im ersteren Falle tritt das Handelsrecht an Stelle des bürgerlichen Rechts, im letzteren Falle kann der Verkäufer wählen, ob er es beim bürgerlichen Recht bewenden lassen oder zum Handelsrecht greifen will. Nr. 4.

Nur § 376 gilt gleichmäßig für beide Theile, Käufer und Verkäufer, und zwar an Stelle des bürgerlichen Rechts.

Der Inhalt dieser Normen ist dispositiv. Die Parteien können, soweit nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, durch Vertragsberedung sie ausschließen. Nr. 5.

Ihr volles Verständniß ist nur möglich unter Heranziehung der Vorschriften des B.G.B. Darum wird hier in höherem Maße, als in anderen Abschnitten, die Erläuterung auch die einschlägigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts umfassen.

---

[1]) Der Werklieferungsvertrag über Fungibilien ist nach B.G.B. § 651 schlechthin als Kauf zu behandeln (vgl. den Art. 338 des A.D.H.G.B.), und aus § 381 Abs. 2 ergiebt sich, daß er völlig den Regeln dieses Abschnittes unterstehen soll. Daß der sogen. Lieferungsvertrag, der Verkauf von Sachen, die man erst nachträglich sich anschafft, Kaufvertrag ist, ist selbstverständlich. Auf den Tausch sollen nach B.G.B. § 515 die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. Daraus wird zu folgern sein, daß der Tausch diesem Abschnitt mit untersteht (vgl. auch Seuffert L Nr. 258). Nur wird hier auf beiden Seiten vorliegen müssen, was § 381 Abs. 1 für den Kauf aufstellt (so auch Staub S. 1244 Anm. 2).

Digitized by Google

§ 373.

Ist der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge, so kann der Verkäufer die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.

Er ist ferner befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich versteigern zu lassen; er kann, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken. Ist die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht; dasselbe gilt, wenn die Androhung aus anderen Gründen unthunlich ist.

Der Selbsthülfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers.

Der Verkäufer und der Käufer können bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten.

Im Falle der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer den Käufer von der Zeit und dem Orte der Versteigerung vorher zu benachrichtigen; von dem vollzogenen Verkaufe hat er bei jeder Art des Verkaufs dem Käufer unverzüglich Nachricht zu geben. Im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Benachrichtigungen dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind.

Entw. I § 344, II § 365; Denkschr. I S. 214—216, II S. 3244, 3245; A. D. H.G.B. Art. 343.

Litteratur: Lamprecht bei Busch XXVI S. 48 ff.

Nr. 1. Vorbemerkung. Die §§ 373, 374 beschäftigen sich mit dem Falle des **Gläubigerverzuges** (mora accipiendi) **auf Seiten des Käufers**, und zwar derart, daß § 373 die vom bürgerlichen Recht abweichenden, für jeden Fall des Handelskaufes geltenden Sätze des Handelsrechts aufstellt, § 374 ausdrücklich dem Verkäufer das Recht wahrt, auch nach bürgerlichem Recht vorzugehen. Was den Annahmeverzug des Verkäufers betrifft, so enthält das H.G.B. darüber keine besonderen Vorschriften; der Käufer hat diesenfalls nach bürgerlichem Recht die Befugniß zur Hinterlegung des Kaufpreises (B.G.B. § 372) und wird während des Verzuges des Verkäufers von der Verpflichtung zur Zinszahlung befreit (B.G.B. § 301).

Nr. 2. Das Sonderrecht des § 373 greift Platz für alle Fälle des Handelskaufes (auch Tausches), wo Gegenstand Waaren (auch Vieh) oder Werthpapiere sind, sowie des als Handelsgeschäft sich darstellenden Werklieferungsvertrages (§ 381), gleichgültig, ob es sich um ein- oder beiderseitige Handelsgeschäfte handelt und auf wessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Das Privilegium kommt somit nicht bloß dem Kaufmann, sondern auch dem Landwirth, der als Verkäufer auftritt, zu Gute. Gleichgültig ist auch, ob es sich um Gattungs- oder Spezieskauf, Platzkauf oder Distanzkauf handelt. Auf andere Geschäfte, als den Kauf (und Tausch), insbesondere den gewöhnlichen Werkvertrag, ist es nicht auszudehnen; die Grundsätze des B.G.B. §§ 372—386 genügen solchenfalls zur Befriedigung der wichtigsten Interessen.

Nr. 3. Das dem Verkäufer (beziehungsweise dessen Cessionar R.G.E. XIII S. 13, Busch VIII S. 321, Seuffert XXX Nr. 18) gewährte Privileg des § 373 besteht in zwei Dingen: einmal in der Erweiterung der Hinterlegungsbefugniß. Darüber normirt Abs. 1. Sodann in der Gestattung des Selbsthülfeverkaufes. Darüber normiren Abs. 2–5. Beide Seiten werden gesondert zu betrachten sein.

Digitized by Google

Voraussetzung des Privilegiums ist Annahmeverzug auf Seiten des Käufers. Nr. 4.

Solange Annahmeverzug des Käufers nicht eingetreten ist, normirt über die dem Verkäufer obliegende Aufbewahrungspflicht das bürgerliche Recht. Der Verkäufer wird darnach, falls das Geschäft für ihn ein Handelsgeschäft ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, sonst mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die dem Käufer noch nicht übergebene Waare aufzubewahren haben. Ist die Waare nach B.G.B. § 447 dem Frachtführer ausgeliefert, so hat der Verkäufer, falls der Transport unterwegs stockt, für sie Sorge zu tragen, es sei denn, daß die Auslieferung an den Frachtführer Uebergabe an den Käufer darstellt, ebenso hat er Nachforschungen nach dem Verbleib der Waare anzustellen, falls in Folge von Hindernissen der Verbleib ungewiß geworden ist (R.O.H.G. XV S. 177). Zur Versicherung der Waare ist er im Allgemeinen nicht gehalten, doch kann ausnahmsweise die Pflicht dazu begründet sein (v. Hahn zu Art. 343 § 5). — Ist die Waare bereits übergeben, aber beim Verkäufer verblieben, so wird das dem Verbleib zu Grunde liegende Rechtsverhältniß über das Maß der vom Verkäufer zu prästirenden Sorgfalt entscheiden. Regelmäßig wird darnach der Verkäufer auch für culpa levis haften, doch kann ausnahmsweise auch unentgeltlicher Verwahrungsvertrag liegen. Letzterenfalls würde der Verkäufer nur für culpa in concreto haften.

I. **Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges regeln sich nach bürgerlichem Recht** (B.G.B. §§ 293—299). Nr. 5.

Hervorzuheben sind nur folgende Punkte:

a) **Annahmeverzug** ist nicht identisch mit Verzug in Annahme der Traditionsofferte. Freilich geräth der Käufer, der die Traditionsofferte ablehnt, stets in mora accipiendi, auch wenn er die ihm übersandte Waare thatsächlich aufgenommen hat. Denn da der Verkäufer dem Käufer das Eigenthum an der Waare zu verschaffen verpflichtet ist, so liegt in der Traditionsofferte des Verkäufers das Angebot der Leistung, das der Verkäufer durch Ablehnung der Traditionsofferte zurückweist (B.G.B. § 293). Umgekehrt aber kann Annahmeverzug des Käufers vorliegen, trotzdem der Käufer die Traditionsofferte des Verkäufers angenommen hat. Der Käufer ist verpflichtet, die gekaufte Sache nicht bloß anzunehmen, sondern auch „abzunehmen" (B.G.B. § 433 Abs. 2). Abnahme (vgl. auch B.G.B. § 448) aber ist die Empfangnahme der Waare, der der Ablieferung von Seiten des Verkäufers entsprechende Akt der Entgegennahme auf Seite des Käufers[1]) (Gareis in Endemann's Hdb. II S. 659 ff., R.O.H.G. VII S. 359). Hat somit zwar der Käufer das Eigenthum erworben, lehnt er aber die „Abnahme" der Waare ab, so geräth er in mora accipiendi (R.O.H.G. IX S. 81). Solche Fälle kommen beim Distanzkauf vor, wenn der Verkäufer dem Käufer das Konnossement oder den Ladeschein überschickt und der Käufer die nachher ankommende Waare zurückweist (R.G.E. III S. 88), wenn dem Frachtführer oder Spediteur als Bevollmächtigten des Käufers das Eigenthum an der Waare vom Verkäufer übertragen wird, ohne daß diese zugleich zur „Abnahme" der Waare legitimirt sind und der Käufer die Waare nachher nicht abnehmen will (vgl. R.O.H.G. IV S. 16 ff., IX S. 81). Wäre dagegen der Frachtführer auch zur „Abnahme" der Waare ermächtigt, so würden nachträgliche Monituren, Dispositionsstellungen, ja sogar Retoursendungen seitens des Käufers keinen Annahmeverzug des Käufers begründen, die Waare ist bereits angenommen (Seuffert XXIX Nr. 100, bedenklich Seuffert XXXV Nr. 237).[2]) Es kann sich dann nur fragen, ob der Verkäufer zur Minderung, Wandelung oder zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Annahmeverzug des Käufers liegt auch dann nicht vor, wenn der durch reale Tradition oder constitutum possessorium Eigenthümer gewordene Käufer dem Verkäufer die Waare in Verwahrung, zur Leihe, Miethe beläßt und sie nachträglich zurückweist. Hier hört der Verkäufer auf, als solcher zu fungiren, er bleibt Verwahrer, Entleiher, Miether u. s. w. der Waare, während der Käufer Hinterleger, Verleiher, Vermiether u. s. w. Nr. 6.

---

[1]) Die Abnahme erfolgt nicht nothwendig am Erfüllungsort des Verkäufers. Am Erfüllungsort des Verkäufers geschieht sie nur dann, wenn die Waare vom Käufer geholt wird oder ihm am Platz übergeben wird. Hat dagegen der Verkäufer es übernommen, die Waare zu versenden, so erfolgt die Abnahme am Lieferungsort (über letzteren bei § 377).

[2]) Anders Staub § 373 Anm. 4, 5, der Annahmeverzug des Käufers auch dann als vorliegend ansieht, wenn der Käufer zunächst die Waare zwar angenommen, nach erfolgter Untersuchung aber bei einem Dritten niedergelegt hat.

Digitized by Google

wird. Die Zurückweisung geschieht dann nachträglich vom Hinterleger, Verleiher, Vermiether u. s. w. Dieser Fall gehört nicht hierher.

Nr. 7. b) **Für den Begriff des Annahmeverzuges des Käufers ist nicht entscheidend, wer im unmittelbaren Besitz der Waare ist.** Die Waare kann im unmittelbaren Besitz des Verkäufers, eines Dritten (z. B. des Frachtführers) oder des Käufers sein (Bolze V Nr. 652), letzteres dann, wenn Käufer die Waare nur mit dem Vorbehalt annimmt, daß sie auf Gefahr und Kosten des Verkäufers bei ihm lagern soll. Ja es kann die Waare sogar noch beim Vormann des Verkäufers sein. Der Käufer kann in Annahmeverzug gerathen, obwohl der Verkäufer die Waare von seinem Vormann noch gar nicht realiter erhalten hatte. Nach B.G.B. § 297 kommt der Gläubiger dann nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Real- oder Verbalangebotes nicht erfüllungsbereit, d. h. wenn er außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Der Umstand, daß dem Verkäufer vom Vormann die Waare noch nicht effektiv geliefert ist, begründet aber Unvermögen des Verkäufers zur Bewirkung der Leistung nicht nothwendig. Ist vielmehr der Verkäufer in der Lage, vom Vormann die Waare zu erheben, so steht sie thatsächlich zu seiner Verfügung, er ist erfüllungsbereit. Die Waare braucht sogar beim Vormann noch nicht einmal ausgeschieden zu sein (Bolze XX Nr. 504). Macht der Verkäufer dem Käufer daraufhin die Verbaloblation nach B.G.B. § 295,[1]) so setzt er diesen in Annahmeverzug (R.O.H.G. XXII S. 7, XXI S. 73, R.G.E. XXIX S. 65 f., XXXIV S. 99, vgl. auch Denkschr. II S. 3245). Ist dagegen der Vormann nicht verpflichtet oder nicht gewillt oder nicht im Stande, die Waare zu liefern, so liegt das Requisit der Erfüllungsbereitschaft nicht vor (R.G.E. XI S. 112, jedoch in zu weit gehender Formulirung, R.G.E. XXXIII S. 97, ebenfalls zu weit gehend, weil Abberufung der Waare vom Dritten verlangt wird). Ebenso ist es gleichgültig, ob der Verkäufer mit der Waare noch eine bestimmte Manipulation vorzunehmen, z. B. die Waare zu sacken (Bolze XX Nr. 498), den Kies zu baggern, die Kohle zu fördern hat (R.O.H.G. XXI Nr. 26, Bolze XIX Nr. 575), sofern er thatsächlich dazu im Stande ist (R.G. bei Holdheim VIII S. 229). — Daß das Requisit der Erfüllungsbereitschaft nicht vorliegt, hat im Bestreitungsfalle der Käufer zu beweisen (Planck zu § 295 Nr. 6, Oertmann zu § 297, Endemann's Lehrb. § 139 Anm. 9).

Nr. 8. c) Für den Annahmeverzug des Käufers ist weiter nicht entscheidend, ob der Käufer die Mängel der Waare genehmigt oder nicht genehmigt. Dem Käufer verbleibt das Rügerecht, auch wenn er abgenommen hat (vgl. § 377, R.G.E. XII S. 82).

Nr. 9. d) Gleichgültig ist, ob der Käufer in Leistungsverzug ist oder nicht. Ueber Leistungsverzug des Käufers bei § 376. Möglicherweise ist der Käufer in Leistungs-, aber nicht in Annahmeverzug, möglicherweise in Annahme-, aber nicht in Leistungsverzug (er hat den Preis bereits bezahlt), möglicherweise in beiden. § 373 hat nur den Fall des Annahmeverzuges im Auge. Ist letzterer durch den Leistungsverzug bedingt (B.G.B. § 298), so erscheint der Leistungsverzug nur als Voraussetzung des Thatbestandes des Annahmeverzuges.

Nr. 10. e) Für den Annahmeverzug verlangt das B.G.B. grundsätzlich kein Verschulden des Käufers (B.G.B. § 293).[2]) Die Folgen treten auch ein, wenn der Verkäufer kein dringendes Interesse an der Ausübung der ihm durch § 373 gewährten Befugnisse hat. Selbst die Aussicht, Käufer werde die mora später purgiren, raubt dem Verkäufer nicht das Recht aus § 373 (R.G.E. V S. 63, VIII S. 23). Nur die wirkliche purgatio morae zerstört das Recht für die Zukunft. Das Verbot der Chikane greift natürlich auch hier Platz.

---

[1]) Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm (nicht Dritten) erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat (weitere Fälle sind Spezifikation, darüber bei § 375, Ausübung des Wahlrechts, Ertheilung der Absendungsorder u. a.). Dem Angebote zur Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.

[2]) Also auch schuldlose Verhinderung des Käufers an der Annahme der Leistung bewirkt Annahmeverzug; für gewisse Fälle bedarf es aber vorheriger Ankündigung seitens des Verkäufers (vgl. B.G.B. § 299); auch der Erbe des Käufers geräth in Annahmeverzug, auf B.G.B. §§ 2014, 2015 kann er sich nicht berufen, es sei denn, daß es sich um den Fall des B.G.B. § 298 handelt.

Digitized by Google

f) Der Annahmeverzug muß mit Bezug auf die ganze Leistung eingetreten Nr. 11.
sein. Theilzahlungen braucht der Gläubiger auch dann nicht anzunehmen, wenn das Objekt theilbar ist (R.G.E. IV S. 8), es sei denn, daß ein anderes vereinbart war (B.G.B. § 266).

g) Den Beweis der mora accipiendi hat der Verkäufer zu führen. Vgl. jedoch Nr. 12.
oben Nr. 7.

II. **Rechte des Verkäufers.** Der Verkäufer hat das Recht der Hinterlegung und das Recht des Selbsthülfeverkaufs:

a) **Das Recht der Hinterlegung.** Gegenüber dem bürgerlichen Recht ist das Nr. 13.
Recht der Hinterlegung in zwiefacher Hinsicht erweitert. Einmal mit Bezug auf die Gegenstände. Nach dem B.G.B. ist Hinterlegung nur zulässig an Geld, Werthpapieren, Urkunden und Kostbarkeiten (B.G.B. § 372); freilich können die Landesrechte auch andere Sachen für hinterlegbar erklären (E.B.G.B. Art. 146), doch ist davon wohl nirgends Gebrauch gemacht worden.[1]) Dagegen sind nach § 373 Abs. 1 alle Waaren hinterlegbar. Sodann mit Bezug auf die Hinterlegungsstelle. Nach dem B.G.B. muß die Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle erfolgen (B.G.B. § 372, E. B.G.B. Art. 144—146)[2].) Das H.G.B. gestattet Hinterlegung bei jeder sicheren Hinterlegungsstelle, gleichgültig ob es sich um eine amtliche oder nichtamtliche Stelle — und letzterenfalls, ob es sich um ein öffentliches Lagerhaus oder um einen Privaten handelt.

Wie im B.G.B. hat der Verkäufer aber **nur das Recht**, nicht die Pflicht Nr. 14.
der Hinterlegung (R.G.E. XIII S. 22, Bolze VII Nr. 595). Will er die Waare selbst behalten, so ist dies seine Sache (R.O.H.G. II S. 409, Seuffert XXIV Nr. 261). In diesem Falle haftet er während des Annahmeverzuges des Käufers nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit dem Käufer (B.G.B. § 300), während er bis dahin für jedes Verschulden aufzukommen hatte. Wird eine der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Käufer über, in dem dieser durch Nichtannahme des Angebots in Verzug kommt. Dies ist praktisch wichtig bei Bringschulden, falls hier nicht, wie unter den Voraussetzungen des B.G.B. § 447, die Gefahr schon früher auf den Käufer übergeht; hat der Käufer zu holen, so wird verbales Angebot nach erfolgter Aussonderung der Waare genügen (Planck zu § 300). — Soweit der Verkäufer demnach für die Waare nicht weiter einzustehen hat, behält er den Anspruch auf den Kaufpreis und muß sich nur anrechnen lassen, was er in Folge der Befreiung von der Leistung erspart oder was er durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskräfte erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (B.G.B. § 324 Abs. 2, 1). Er kann vom Käufer auch Ersatz der für Aufbewahrung und Erhaltung der Waare erforderlichen Aufwendungen verlangen (B.G.B. § 304), ja man wird ihm auch aus H.G.B. § 354 einen Anspruch auf Lagergeld gewähren müssen, wenn er Kaufmann ist (Bolze XI Nr. 403, XVI Nr. 414, XXII Nr. 439, Adler-Clemens Nr. 480). Versendet der Verkäufer die Waare an den Käufer und nimmt der Käufer die Waare nicht an, so muß der Verkäufer, wenn er nicht von dem Recht der Hinterlegung Gebrauch macht, die Waare wieder an sich nehmen, er darf sie nicht etwa der Bahn frei belassen, denn durch den Annahmeverzug des Käufers wird der Verkäufer nicht jeder weiteren Sorge um das Gut ledig. Soweit in dem Belassen bei der Bahn eine grobe Fahrlässigkeit läge, hätte der Verkäufer die Folgen, z. B. die Versteigerung seitens der Bahn, zu vertreten (R.G.E. XI. S. 56).

Macht der Käufer von dem Recht der Hinterlegung Gebrauch, so Nr. 15.
erfolgt die Hinterlegung nur im Namen des Verkäufers, aber auf Kosten und Gefahr des Käufers, der Käufer hat ihm also das Lagergeld zu ersetzen und Untergang der Sache bei der Hinterlegungsstelle hat der Verkäufer nicht zu vertreten. Für die Auswahl der Hinterlegungsstelle haftet der Verkäufer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (Seuffert XXIII Nr. 247), B.G.B. § 300 Abs. 1, nach dem der Verkäufer nur für culpa lata aufzukommen hätte, darf hierauf nicht angewendet werden; denn das Gesetz verlangt Hinterlegung in sicherer Weise. Die Hinterlegung erfolgt nicht nothwendig an dem Leistungsorte (Adler-Clemens Nr. 1609). Was B.G.B. § 374 Abs. 1 für die öffentliche Deposition vorschreibt („Hinterlegungsstelle des Leistungsortes"), gilt hier nicht. Möglicherweise existirt am Leistungsort keine sichere Hinter-

[1]) Vgl. z. B. Preuß. Hinterlegungsordnung § 89 (Preuß. Ausf.Ges. Art. 84 Nr. XX).

[2]) In Preußen die Bezirksregierungen, Gesetz vom 14. März 1879 §§ 1, 2; in vielen anderen Bundesstaaten die Gerichte.

Digitized by Google

legungsstelle, es kann geradezu im Interesse des Käufers sein, daß die Waare an einem anderen Ort niedergelegt wird. Gewöhnlich wird der Ort, wo die Waare sich zur Zeit der mora accipiendi befindet, der maßgebende sein, der Verkäufer soll nicht grundlos dem Käufer durch Transport der Waare Kosten verursachen, sonst macht er sich schadensersatzpflichtig (Bolze II Nr. 1009).

Der Verkäufer kann durch die Umstände auch veranlaßt werden, die Hinterlegungsstelle zu wechseln (Seuffert XLVII Nr. 137).

Ueberhaupt sind aber für die handelsrechtliche Hinterlegung die Grundsätze des B.G.B. §§ 372—382 nicht direkt anwendbar. Insbesondere ist der Verkäufer nicht verpflichtet, dem Käufer von der Hinterlegung Anzeige zu machen, auch nicht, wenn er bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle deponirt. Das Recht zur Zurücknahme der hinterlegten Sache bestimmt sich nicht nach B.G.B. § 376 ff., sondern nach den Grundsätzen vom Verwahrungsvertrage, beziehungsweise Lagergeschäft, es sei denn, daß die Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle erfolgt.

Purgirt der Käufer nachträglich die mora, so hat der Verkäufer dafür zu sorgen, daß die Waare dem Käufer herausgegeben wird, selbstverständlich gegen Ersatz der Aufbewahrungskosten.

Nr. 16. b) **Das Recht des Selbsthülfeverkaufs.**[1]) Auch hier ist nur von einem Recht, keiner Pflicht die Rede (R.G.E. I S. 65, XIII S. 22, Bolze VII Nr. 595). Der Käufer kann dem Verkäufer niemals zum Vorwurf machen, daß er nicht zum Selbsthülfeverkauf schritt, selbst dann nicht, wenn die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist und der Verkäufer noch so vortheilhafte Gelegenheit zum Selbsthülfeverkauf hatte (R.O.H.G. XIX S. 343). Denn der Selbsthülfeverkauf dient nur dazu, dem Verkäufer die Last und Verantwortung der weiteren Aufbewahrung abzunehmen, der Verkäufer ist nicht etwa kraft Gesetzes zur negotiorum gestio für den Käufer gehalten. Es gilt hier grundsätzlich das Gleiche, wie im B.G.B. § 383 Abs. 1.

Nr. 17. Das Recht des Verkäufers ist andererseits nicht ein subsidiäres. Es ist keineswegs an die Voraussetzung gebunden, daß die Hinterlegung nicht angängig ist, wie im B.G.B. § 383 Abs. 1, oder daß ein besonderes Interesse des Verkäufers zur Entäußerung besteht (R.G.E. V S. 63). Der Verkäufer kann unter allen Umständen (also auch bei Kostbarkeiten und Werthpapieren), zum Selbsthülfeverkauf schreiten, auch nachdem er hinterlegt hat. Er hat nicht bloß die Wahl zwischen Hinterlegung und Selbsthülfeverkauf derart, daß das Eine das Andere ausschließt. Vielmehr kann er hinterlegen und nachher zum Selbsthülfeverkauf schreiten und umgekehrt erst Selbsthülfeverkauf versuchen und dann hinterlegen. Nur für den Schaden, der durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit dem Käufer erwächst, kommt er diesem auf.

Die **Formen des Selbsthülfeverkaufs** decken sich im Allgemeinen mit denen, die das B.G.B. für den Verkauf der Sache bei mora accipiendi des Gläubigers in §§ 383—385 anordnet. Insbesondere gilt auch hier:

Nr. 18. 1. daß regelmäßig der Verkauf — sei es die öffentliche Versteigerung, sei es der freihändige Verkauf durch den Handelsmäkler — der **vorherigen Androhung** bedarf. Der ohne solche vorgenommene Verkauf ist ein unzulässiger (B.G.B. § 383 Abs. 1), d. h. gilt nicht als Selbsthülfeverkauf im Sinne des Gesetzes (vgl. auch R.O.H.G. XII S. 285), hat somit nicht die Wirkung, den Verkäufer von der Schuld zu befreien (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 103). Dies gilt auch dann, wenn Käufer die Annahme direkt verweigert hat (R.G.E. I S. 310), denn die Androbung soll ja gerade auf ihn Pression üben, die mora zu purgiren. Auch wenn Käufer zuverlässig ohne Androhung weiß, daß die Waare im Wege des Selbsthülfeverkaufs für seine Rechnung versteigert werden soll, kann er sich darauf berufen, daß nicht angedroht ist (nicht ganz so R.G.E. I S. 311). Die Androhung muß — soll sie ihren Zweck erfüllen — **rechtzeitig** ergehen, d. h. so zeitig, daß der Käufer Maßregeln treffen kann, um sich gegen Schaden zu schützen — sei es dadurch, daß er die Waare nachträglich abnimmt oder für möglichst vortheilhaften Verkauf durch Betheiligung am Bieten Sorge trägt (R.O.H.G. XIX S. 294, XXIII S. 170) —, andererseits auch nicht zu früh, etwa gleich beim Abschluß des Vertrages und vor dem Angebot der Erfüllung. Wohl aber kann sie mit dem Angebot der Erfüllung verbunden werden,

[1]) Vom Selbsthülfeverkauf zu scheiden ist der Verkauf, den das Gericht durch einstweilige Verfügung anordnet, die der Käufer nach allgemeinen Grundsätzen erwirkt (Bolze XV Nr. 708). Zu solchen einstweiligen Verfügungen ist das Gericht frei befugt.

Digitized by Google

es braucht nicht die Annahmeablehnung des Käufers abgewartet zu werden (R.O.H.G. XXIII S. 170, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 150).

Die Androhung bedarf keiner bestimmten Form, sie kann mündlich und schriftlich erfolgen. Bei Ortsverschiedenheit genügt es, wenn ein nicht eingeschriebener Brief abgeschickt wird. Juristisch ist die Androhung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Verkäufers gleich der Rüge des § 377. Für sie hat auch das bei § 377 Erörterte Anwendung zu finden. Insbesondere wird auch hier genügen die rechtzeitige Absendung der Androhung, um dem Verkäufer die Rechte des Selbsthülfeverkaufs zu wahren. Die Gefahr der Ankunft der rechtzeitig abgesendeten Androhung trägt der Käufer. Die Androhung braucht keine eigentliche „Drohung" zu sein, sie ist eine Ankündigung, die deutlich ersehen lassen muß, daß der Verkäufer zum Selbsthülfeverkauf schreiten will (R.O.H.G. XIX S. 293). Die bloße Mahnung, der Käufer solle annehmen, genügt nicht (Bolze VIII Nr. 495). Die Verkaufsart, ob öffentlich oder nicht öffentlich, braucht die Ankündigung nicht ersehen zu lassen, ebensowenig die sonstigen Nebenumstände (Zeit, Ort, Namen des Beamten oder Mäklers, vgl. R.O.H.G. VII S. 49, R.G.E. I S. 6—8, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 150, nicht ganz so R.O.H.G. X S. 242). Nr. 19.

Die vorherige Androhung kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn sie „unthunlich" ist. Als Hauptfälle hebt das Gesetz hervor, daß die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist (vgl. B.G.B. § 384 Abs. 1, 3). „Unthunlich" ist nicht identisch mit „unmöglich", denn möglich ist die Androhung auch in dem hervorgehobenen Fall. Unthunlich bedeutet nur, daß nach der objektiven Auffassung des Verkehrs ein auffälliges Mißverhältniß zwischen den durch die Androhung verursachten Kosten und Mühen und dem voraussichtlichen Resultat der Androhung besteht, ein hochgradiges „Unpraktisch" sein der Androhung (Planck zu § 303 Nr. 2). Ist die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, d. h. mit dem Aufschub des Selbsthülfeverkaufs verbunden (B.G.B. § 384 Abs. 1) — so würde die Androhung keinen praktischen Zweck haben, der Käufer wäre doch nicht mehr in der Lage, Vorkehrungen zu treffen, um sich gegen Schaden zu schützen, das vereinte Interesse von Käufer und Verkäufer drängt zum Selbsthülfeverkauf. Darum sind die Worte „dem Verderb ausgesetzt" möglichst weit zu interpretiren. Ueberall, wo durch Aufschub des Verkaufs ein beträchtlicher Schaden dem Verkäufer (und mittelbar auch dem Käufer) erwächst, weil die Waare dadurch im Werthe sinkt, ist anzunehmen, daß die Waare dem Verderb ausgesetzt ist, also nicht bloß bei physischer Degenerirung, sondern auch bei starkem Preissturz, bei nicht oder nur mit schweren Kosten abwendbarer Gefahr der Vernichtung (anders Adler-Clemens Nr. 559), Konfiskation u. dgl. (vgl. Cosack S. 203, a. A. Staub § 373 Anm. 25). Dagegen genügt die bloße Möglichkeit der Ausnutzung vorübergehender Preissteigerung nicht. „Unthunlich" wäre die Androhung auch dann, wenn sie voraussichtlich den Käufer nicht antreffen oder so spät antreffen wird, daß der Zweck der Androhung dadurch nicht erreicht wird, z. B. wenn der Aufenthalt des Käufers unbekannt ist (B.G.B. § 132 Abs. 2). Nr. 20.

2. **Die Formen des Verkaufes sind auch hier nicht freigestellt, sondern im Gesetze genau bestimmt.** Der Verkauf muß bei nicht marktgängigen Waaren durch öffentliche Versteigerung stattfinden, bei markt- und börsengängigen Waaren darf er auch aus freier Hand durch bestimmte Personen zum laufenden Preise erfolgen (vgl. B.G.B. §§ 383 Abs. 3, 385). Wird diesen Formen nicht genügt, so ist der Verkauf nicht ein Selbsthülfeverkauf im Sinne des H.G.B. Dabei gilt im Einzelnen: Nr. 21.

a) **Oeffentliche Versteigerung.** Ueber den Begriff der öffentlichen Versteigerung normirt das B.G.B. § 383 Abs. 3. Darnach hat die Versteigerung durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder durch einen nach Landesrecht zu Versteigerungen befugten Beamten[1]) oder durch öffentlich von der Landesbehörde angestellte Versteigerer (Auktionatoren, Reichsgew.O. § 36) zu erfolgen. Andere Personen sind zur öffentlichen Versteigerung nicht befugt. Auch Versteigerung durch die Bahn nach der Eisenbahnverkehrsordnung § 70 Abs. 3 würde nicht unter die öffentliche Versteigerung im Sinne des § 373 fallen (O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 151). — Versteigerung durch einen für einen anderen Ort bestellten Gerichtsvollzieher wäre darnach keine öffentliche Versteigerung im Sinne des Gesetzes. Die Formen der An- Nr. 22.

[1]) Vor allem Notare, aber möglicherweise auch das Gericht, Gemeindevorstände u. s. w. Die Bestimmungen der Landesrechte gehen sehr auseinander.

Digitized by Google

stellung, insbesondere die Frage, wieweit die Vereidigung wesentliche Voraussetzung der Anstellung ist, richtet sich nach dem maßgebenden öffentlichen Recht.

Nr. 23. Die Versteigerung muß ferner öffentlich erfolgen. Jedenfalls müssen die Bedingungen der Versteigerung publizirt und die Gebote müssen öffentlich abgegeben sein; daß der Zuschlag öffentlich erfolgt, ist nicht gerade wesentlich (R.G.E. VIII S. 29). Die Versteigerung muß endlich in der nothwendigen Form vor sich gehen. Insbesondere sind Zeit und Ort der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung der Sache vorher in angemessener Frist (vgl. Bolze XIV Nr. 449b, XX Nr. 505) öffentlich bekannt zu machen (B.G.B. § 383 Abs. 3 Schlußsatz, vgl. R.O.H.G. XVI S. 92). Die besonderen Bestimmungen des B.G.B. §§ 1238—1240 über den Pfandverkauf gelten hier nicht. Von der Zeit und dem Ort der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer ferner den Käufer vorher zu benachrichtigen, soweit dies nicht unthunlich ist. Doch hat die Unterlassung der letzteren Pflicht nur Schadensersatzpflicht zur Folge.

Nr. 24. b) **Freihändiger Verkauf.** Er ist nur zulässig, wenn die Waare markt- oder börsengängig ist, d. h. wenn über sie an dem maßgebenden Ort zur Verkaufszeit eine so große Anzahl von Geschäften abgeschlossen wird, daß ein Schluß auf einen Durchschnittspreis zulässig ist (vgl. bei § 380). Ueber Werthpapiere siehe bei § 381. Maßgebender Ort ist derjenige, an dem die öffentliche Versteigerung stattzufinden hätte. Darüber unten Nr. 26. Der freihändige Verkauf muß ferner durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler[1]) (einschließlich der Kursmäkler vgl. Bd. 1 S. 203) oder — nach freier Wahl des Verkäufers — durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person erfolgen. Er darf insbesondere nicht durch den Verkäufer selbst geschehen. Selbstverständlich müssen die betr. Personen für den betr. Ort autorisirt sein und der Handelsmäkler muß gerade zu Verkäufen solcher Waaren öffentlich ermächtigt sein. Daß der Verkauf an einen Handelsmäkler erfolgt, ist nicht nothwendig, wie umgekehrt Verkauf an einen Handelsmäkler nicht Verkauf durch einen solchen ersetzt (R.O.H.G. VIII S. 262).

Nr. 25. Der freihändige Verkauf muß endlich zum laufenden Preise bewirkt werden, d. h. zum Markt- oder Börsenpreise des betr. Zeitpunktes. Kann der laufende Preis nicht erreicht werden, z. B. weil die zum Selbsthülfeverkauf zu bringende Quantität so groß ist, daß ihr Angebot einen Preissturz bewirken würde, so muß öffentliche Versteigerung gewählt werden, es darf nicht etwa zum höchstmöglichen Preise freihändig verkauft werden (R.O.H.G. VIII S. 101, 102, a. A. v. Hahn zu Art. 343 § 14). Daß der laufende Preis erreicht ist, wird wegen der Beamteneigenschaft der mit dem freihändigen Verkauf betrauten Person vermuthet (R.O.H.G. VII S. 68, 69), doch ist der Gegenbeweis, daß der laufende Preis nicht erreicht ist, zulässig.

Nach Ansicht des R.O.H.G. X S. 368 ff. (Plenarbeschluß) und des Reichsgerichts (Z. XXVI S. 564) ist das Requisit des laufenden Preises kein wesentliches in dem Sinne, daß die Nichtbeobachtung den Selbsthülfeverkauf zum ungültigen macht, es soll vielmehr der Verkäufer nur die Differenz zwischen erzieltem und laufendem Preise zu decken haben. Allein in den Worten des Gesetzes findet diese Annahme keine Stütze (so auch Cosack S. 204).

Eine Pflicht zur vorherigen Benachrichtigung des Käufers von Zeit und Ort des freihändigen Verkaufs existirt nicht.

Nr. 26. 3. Ueber den **Ort des Selbsthülfeverkaufs** sagt das H.G.B. nichts. Nach B.G.B. § 383 hat die öffentliche Versteigerung bei Annahmeverzug des Gläubigers grundsätzlich am Leistungsort zu erfolgen, es darf aber abgewichen werden, wenn ein angemessener Erfolg davon nicht zu erwarten ist. Diesenfalls hat sie an einem geeigneten anderen Ort zu erfolgen (B.G.B. § 383 Abs. 2). Diese Sätze müssen auch für den Selbsthülfeverkauf gelten (vgl. die Citate in Z. XLIII S. 365, ferner R.O.H.G. XIV S. 422, Bolze XIV Nr. 446), aber frei ausgelegt werden. Die bona fides wird regelmäßig dahin führen, daß der Verkäufer „an dem Ort, wo sich die Sache zur Zeit des Beginnes des Annahmeverzuges befindet, verkaufen läßt und nicht durch Versendung an einen anderen Ort zum Nachtheile des Käufers, ohne daß ein Erfolg hiervon zu erwarten ist, erhebliche Kosten zwecklos aufwendet" (R.G.E. XV S. 3, V S. 67, Bolze II Nr. 1007, XIII Nr. 441, Busch XXXVI S. 368). Hat insbesondere der Verkäufer die Waare dem Käufer auftragsgemäß überschickt und lehnt der Käufer nach Ankunft der Waare die Abnahme ab, so wird der Verkäufer nur bei Vorhandensein besonderer Gründe die Waare zurücktransportiren

[1]) Vgl. dazu Art. 13 des preuß. A.G. zum B.G.B.

Digitized by Google

lassen dürfen, auch wenn der Absendungsort Erfüllungsort war (Adler-Clemens Nr. 820), ebensowenig wird er willkürlich einen anderen Ort wählen dürfen; vielmehr wird der Destinationsort Verkaufsort sein müssen; ist die Waare zur Zeit des Beginnes des Annahmeverzuges noch auf dem Transport, so wird es Thatfrage sein, ob er sie zurückgehen oder weiter gehen oder auf dem Transport verkaufen lassen soll, z. B. wenn sie in einem Zwischenhafen lagert (vgl. R.O.H.G. XIII S. 58). Hat der Käufer vor der Absendung der Waare den Empfang rundweg verweigert, so wird Verkäufer die Waare nicht ohne triftigen Grund absenden und unterwegs oder am Destinationsort versteigern lassen dürfen (Bolze XIV Nr. 421, Adler-Clemens Nr. 1570). — Doch kann die Wahl eines anderen Ortes, als des Ortes, wo die Waare sich befindet, sachgemäß oder nothwendig sein, z. B. weil sich dort bessere Gelegenheit zum Verkauf bietet (Adler-Clemens Nr. 1545) oder weil der andere Ort der maßgebende Marktplatz ist (Seuffert XLVII Nr. 138, R.G.E. V S. 67, Busch XXXVI S. 369). Zumal gilt dies dann, wenn der Transport auf Kosten des Verkäufers erfolgt (Klausel „cif", R.G.E. XV S. 4). Vornahme des Selbsthülfeverkaufs an unzulässigem Ort bewirkt, daß der Käufer den Selbsthülfeverkauf als nicht geschehen betrachten darf (vgl. auch Planck zu § 383 Nr. 3, a. A. Oertmann § 383 Nr. 3).

Nr. 27. 4. Hinsichtlich der **Zeit** des Selbsthülfeverkaufs fehlt es an jeder Bestimmung. Auch das B.G.B. statuirt eine solche für die Versteigerung bei mora accipiendi des Gläubigers nicht (§ 1234 Abs. 2 des B.G.B. ist hier nicht anwendbar). Nur ist natürlich, daß mit der purgatio morae durch den Käufer die Befugniß zum Selbsthülfeverkauf dem Verkäufer verloren geht. Solange dagegen die mora accipiendi fortdauert, kann der Verkäufer die Verkaufsselbsthülfe ausüben, er kann sie sogar ausüben, nachdem er den Käufer auf Abnahme und Zahlung verklagt hat (R.O.H.G. XIII S. 190, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. X S. 161), ja sogar, nachdem das Urtheil auf Abnahme ergangen ist (Bolze IX Nr. 395, X Nr. 468); der Käufer, der grundlos die Abnahme ablehnt, hat sich die Folgen selbst zuzuschreiben (R.O.H.G. IX S. 84, XXIII Nr. 66). Selbstverständlich darf die Hinausschiebung nicht dolos geschehen (B.G.B. § 226), auch nicht grob kulpos (Bolze XIV Nr. 441, R.G.E. XXXVI S. 89, XLI S. 64, Bolze XVII Nr. 465, vgl. B.G.B. § 300), insbesondere nicht zu spät bei dem Verderben ausgesetzten Waaren (Seuffert LI Nr. 197).

Nr. 28. 5. **Gegenstand** des Selbsthülfeverkaufs ist die Waare, d. h. die verkaufte Waare, folglich beim Speziesverkauf nur die betreffende Species. Hier muß sich der Gegenstand des ursprünglichen Kaufes mit dem Gegenstand des Selbsthülfeverkaufes völlig decken (R.O.H.G. XXI S. 235 f.); beim Gattungskauf muß wenigstens kontraktliche Waare, d. h. Waare von derselben Gattung, Menge (nicht mehr; bei „Circa"-bestimmungen soviel wie Käufer nehmen muß Bolze XX Nr. 498) und Qualität (auch bessere? dafür O.L.G. Hamburg in Seuffert LIII Nr. 100) verkauft werden, während es auf Identität der verkauften und der realiter offerirten selbst nach erfolgter Ausscheidung nicht ankommt (R.O.H.G. II S. 410, XVIII Nr. 11, XXI S. 75 f., O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 150, Bolze IX Nr. 402). Daß die Waare bereits im Besitz des Verkäufers ist, ist nicht nothwendig; wenn sie nur angeschafft ist und dem Verkäufer zur Verfügung steht (siehe oben Nr. 7, auch Denkschr. II S. 3245); auch in diesem Falle kann die Waare — nicht bloß das Bezugsrecht — verkauft werden. Ueberhaupt braucht die Waare beim Selbsthülfeverkauf nicht präsent zu sein, darum kann auch das Konnossement oder sonstige Traditionspapier versteigert werden. — Umgekehrt kann sie möglicherweise im Besitz des Käufers sein, wenn dieser die Traditionsofferte abgelehnt hat. Stets aber muß eine bestimmte, durch Angabe des Lagerungsortes individualisirte Waare, nicht bloß ein Quantum solcher Waare überhaupt verkauft werden, R.G.E. XLV Nr. 5.

Nr. 29. Einen bloßen Theil der Waare verkaufen zu lassen ist der Verkäufer nicht berechtigt (R.O.H.G. XII S. 177, XXIV S. 359, XXI S. 235 f., Bolze II Nr. 1010, O.L.G. Dresden in Z. XXXVIII S. 220), es sei denn, daß Ratenlieferungen vereinbart waren. — Wohl aber braucht er die ganze Waare nicht im gleichen Zeitpunkt zum Verkauf zu bringen, er kann sie z. B. an zwei aufeinander folgenden Tagen in Partien verkaufen (O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 150, vgl. auch Bolze XXIII Nr. 498). Nicht zulässig ist, daß lediglich der Anspruch auf die Waare oder deren Herstellung verkauft wird (R.G.E. XXXV S. 3, Bolze XX Nr. 515, VI Nr. 570, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. IX S. 198).

Digitized by Google

Nr. 30. 6. Ueber die **Bedingungen** des Selbsthülfeverkaufs enthält das Gesetz keine Bestimmungen. Somit ist nach der am Verkaufsort bestehenden Uebung mit Rücksicht auf die Umstände des Falls zu verfahren. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß ein anderer Leistungsort vereinbart wird, daß über die Tragung der Transportkosten, über die Zahlung des Kaufpreises u. s. w. abweichende Bedingungen stipulirt werden (R.O.H.G. X S. 372, XV S. 150). Nur muß der Verkäufer loyal verfahren; er darf nicht Abweichungen vornehmen, die geeignet sind, von Geboten abzuhalten und den Preis zu drücken (R.G.E. XIX S. 200, Seuffert XLV Nr. 112, XLVII Nr. 283, LII Nr. 98, L Nr. 194, Bolze XIX Nr. 528, XX Nr. 498, XXI Nr. 484, XXII Nr. 455, 456), z. B. Ausschluß der Haftbarkeit für die Güte, wenn dies nicht beim ursprünglichen Kauf vereinbart war (Bolze XXIII Nr. 504). Selbstverständlich darf er nicht Kauflustige abzuhalten versuchen. Die besonderen Bestimmungen des B.G.B. §§ 1238, 1240 gelten hier nicht. — Der mit dem Verkauf betraute Versteigerungsbeamte oder Handelsmäkler ist nicht zum Gebote berechtigt, weder für sich persönlich noch als Vertreter eines Anderen, noch durch einen Anderen, ebensowenig die zugezogenen Gehülfen einschließlich des Protokollführers (B.G.B. §§ 457, 456). Wohl aber kann sowohl der Verkäufer wie der Käufer dann mitbieten (Beispiele: Seuffert XXV Nr. 60, R.G.E. V S. 28 ff., Bolze XIX Nr. 535), wenn es sich um eine öffentliche Versteigerung handelt, nicht dagegen, wenn es sich um nichtöffentlichen Verkauf handelt, ja auch als alleinige Bieter werden sie den Zuschlag erhalten können (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XII S. 20). Dadurch, daß sie zum Mitgebot zugelassen werden, wird die sichere Feststellung, daß kein höherer Preis erreicht werden könnte, erzielt (R.G.E. V S. 61). Wird die Waare dem mitbietenden Verkäufer zugeschlagen, so liegt re vera kein Verkauf vor, wenn der Eigenthumsübergang an den Käufer noch nicht erfolgt ist. Vielmehr setzt der Verkäufer, ohne wirklich zu verkaufen, den gebotenen Preis an die Stelle, und es handelt sich nun lediglich um die Differenz zwischen vereinbartem Kaufpreis nebst Accessorien und dem Gebote (RG. bei Goldheim VIII S. 228). Was den mitbietenden Käufer betrifft, so wird der Verkäufer in der Lage sein, dessen Gebot zurückzuweisen, wenn ihm nicht genügende Garantien geboten werden, daß nicht nochmals mora accipiendi eintritt (vgl. Bolze XIX Nr. 575 in analoger Anwendung von B.G.B. § 1239 Abs. 2). Entwurf I hatte geradezu bestimmt, daß das Gebot des Käufers zurückgewiesen werden dürfe, wenn nicht der Betrag baar erlegt wird, Entw. II ließ dies fort. Um das Mitbieten des Käufers zu ermöglichen, ist dieser von Zeit und Ort der Versteigerung vorher in Kenntniß zu setzen. — Für den Fall des freihändigen Verkaufes durch einen Handelsmäkler hat das Gesetz das Erstehungsrecht von Käufer und Verkäufer ausgeschlossen (anders R.G.E. V S. 61, welche Entscheidung beide Fälle gleich behandelt).

Nr. 31. 7. Der Selbsthülfeverkauf erfolgt im **Namen des Verkäufers, aber für Rechnung** — also bei Kreditverkauf auch Gefahr — **des Käufers.** Der Verkäufer ertheilt den Auftrag zum Selbsthülfeverkauf dabei vorwiegend in eigenem Interesse, nicht als negotiorum gestor für den Käufer. Der ökonomische Erfolg trifft den Käufer. Ist der Käufer nicht in Leistungsverzug, so hat er gegen den Verkäufer an Stelle des Anspruches auf die Waare nunmehr Anspruch auf Auskehrung des erzielten Kaufpreises abzüglich der entstandenen Kosten des Selbsthülfeverkaufs und der sonstigen, dem Verkäufer gebührenden Leistungen, z. B. des Lagergeldes, der Provision für den Selbsthülfeverkauf (Bolze XII Nr. 474). Ist der Käufer in Leistungsverzug, so kann Verkäufer außerdem nach B.G.B. § 326, beziehungsweise H.G.B. § 376 vorgehen. Besteht diesenfalls Verkäufer auf Erfüllung, so kann er kompensirend die Differenz zwischen dem Nettoerlöse des Selbsthülfeverkaufs und dem vereinbarten Kaufpreise verlangen (R.O.H.G. IX S. 78 ff., 118, R.G.E. V S. 65). Hatte der Selbsthülfeverkauf umgekehrt ein Plus ergeben, so ist der sich zu Gunsten des Käufers ergebende Reinüberschuß diesem herauszugeben. — Eine Pflicht zur Hinterlegung des Erlöses, wie nach B.G.B. § 383 Abs. 1, hat Verkäufer nicht, doch steht ihm das Recht zu, wenn der Käufer die Annahme des Geldes verweigert.

Nr. 32. 8. Von dem **vollzogenen** Verkauf hat der Verkäufer den Käufer unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Zögerung, soweit dies thunlich ist, zu benachrichtigen. Hinsichtlich der Form der Benachrichtigung gilt das bei § 377 Bemerkte auch hier. Unterlassung verpflichtet den Verkäufer nur zum Ersatz des durch die Unterlassung dem Käufer entstehenden Schadens, der Verkauf bleibt gültig. Zum Beweise, daß der vorgenommene Verkauf Selbsthülfeverkauf war, mag freilich die Benachrichtigung werthvoll sein, besonders beim Gattungskauf (vgl. O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 152).

Digitized by Google

9. Die obigen Bestimmungen sind **nicht zwingenden Rechts**. Die Parteien Nr. 33.
können durch Vereinbarung an ihre Stelle andere Formen des Selbsthülfeverkaufs setzen (Bolze I Nr. 1082), sie können z. B. freihändigen Verkauf auch bei nicht markt- oder börsengängigen Waaren vereinbaren, der Käufer kann dem Verkäufer die vorherige Androhung erlassen, Verkauf an einem anderen als dem gesetzlichen Orte oder durch andere als die im Gesetz angeführten Personen zulassen u. s. w. Dies kann mit ausdrücklichen Worten oder stillschweigend geschehen, indem z. B. auf eine diesbezügliche Anfrage des Verkäufers der Käufer durch konkludentes Verhalten seine Zustimmung erklärt (R.O.H.G. XIX S. 92, Bolze XI Nr. 390). Auch kann Käufer vorgekommene Irregularitäten nachträglich gutheißen. Doch liegt darin, daß er gegen den Verkaufsakt nicht sofort Protest erhebt (Bolze XXI Nr. 484), noch kein Verzicht auf ein Anfechtungsrecht (R.O.H.G. XX S. 24), wohl noch nicht einmal in dem Mitbieten und Erstehen trotz Kenntniß des Mangels (Seuffert L Nr. 196, zweifelhaft R.O.H.G. XIX S. 93). Der Verkäufer kann auch gegenüber dem Käufer auf das Recht zum Selbsthülfeverkauf verzichten, ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten (R.O.H.G. XXIII S. 84). Solch' Verzicht liegt aber weder darin, daß er die Waare nach Abs. 1 deponirt, noch darin, daß er den Selbsthülfeverkauf zunächst unterläßt (Seuffert LII Nr. 34), auch nicht darin, daß er den Käufer auf Abnahme verklagt (R.O.H.G. XXIII S. 192). Er kann auch nach der Klage auf Abnahme zum Selbsthülfeverkauf schreiten, an die Stelle der Waare tritt dann der an den Käufer herauszugebende Erlös (R.O.H.G. XVI S. 315).

10. Der in **ungesetzlicher** Weise erfolgte Selbsthülfeverkauf hat nicht die Wirkungen Nr. 34.
des Selbsthülfeverkaufs. Der Käufer ist nicht gehalten, ihn als für seine Rechnung geschehen anzuerkennen, auch dann nicht, wenn der formell korrekte Verkauf kein besseres oder gar ein noch schlechteres Resultat für ihn ergeben hätte (R.O.H.G. VII S. 407, VIII S. 103, XII S. 177, XIX S. 92, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 152), auch dann nicht, wenn die Beobachtung der gesetzlichen Form unmöglich war; er hätte dann eben unterbleiben sollen (R.O.H.G. XIII S. 60). Umgekehrt präjudizirt der unberechtigte Selbsthülfeverkauf nicht dem Recht des Verkäufers, vom Käufer Erfüllung des Vertrages zu verlangen[1]) (R.O.H.G. XXIII S. 84, R.G.E. XL S. 55), auch nicht dem Recht, den Selbsthülfeverkauf in gesetzlicher Form zu wiederholen (vgl. Bolze XXII Nr. 431, 443, XVII Nr. 465).

11. Wohl aber kann der in ungesetzlicher Form erfolgte Selbsthülfeverkauf aus Nr. 35.
dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag aufrecht erhalten werden (R.O.H.G. VI S. 363, XII S. 132, 177, R.G.E. I S. 358).

12. Durch den Annahmeverzug des Käufers geräth möglicherweise der Verkäufer Nr. 36.
auch seinem Vormann gegenüber in Annahmeverzug. Schließt z. B. der X mit einer Zeche einen Vertrag auf Lieferung einer Quantität Kohlen ab, die er weiter an den Y verkauft, so ist möglich, daß Y dem X und X gegenüber der Zeche in Annahmeverzug ist. Ob hier zwei Selbsthülfeverkäufe stattzufinden haben oder ob der Selbsthülfeverkauf durch die Zeche auch die Grundlage für die Interessenforderung der X gegen Y bilden kann, darüber bei § 376 (vgl R.G.E. XXIX Nr. 19, Bolze X Nr. 468).

13. Der **Beweis**, daß der Selbsthülfeverkauf materiell und formell gesetzlich Nr. 37.
erfolgte, liegt dem Verkäufer ob (R.O.H.G. VIII S. 377). Die Berufung auf das beigebrachte Originalprotokoll wird genügen (Bolze XX Nr. 524).

14. Das **ältere** Recht (Art. 343 Abs. 2, 3) stimmte im Wesentlichen überein. Nr. 38.
Doch ist hervorzuheben, daß der Begriff des Annahmeverzuges nach älterem Recht meist Verschulden des Gläubigers voraussetzte. Dies wird für vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossene Handelskäufe dann weiter zu gelten haben.

---

[1]) Vorausgesetzt, daß der Verkäufer auch seinerseits trotz des Selbsthülfeverkaufes noch erfüllen kann, was z. B. bei Spezieskauf ausgeschlossen ist, wenn nicht der Verkäufer das Objekt im Selbsthülfeverkauf erstanden oder nachträglich wieder an sich gebracht hat, was aber auch bei Gattungskauf eigentlich ausgeschlossen ist, da ja durch das gehörige Angebot die Konkretisirung der Schuld eingetreten ist. Doch wird man bei Gattungskauf davon vielfach auszugehen haben, daß es dem Käufer gleichgültig sein muß, ob er gerade die zum Selbsthülfeverkauf verwandte Quantität oder eine andere erhält. Die Judikatur unter der Herrschaft des älteren Rechts ging jedenfalls vom letzteren Gesichtspunkt aus.

Digitized by Google

§ 374.

Durch die Vorschriften des § 373 werden die Befugnisse nicht berührt, welche dem Verkäufer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zustehen, wenn der Käufer im Verzuge der Annahme ist.

Entw. I § 345, II § 366; Denkschr. I S. 216, II S. 3244, 3245.

Nr. 1. 1. **Hinterlegung.** Der Verkäufer kann, wenn es sich um Werthpapiere, Kostbarkeiten oder sonstige nach Landesrecht zur Hinterlegung geeignete Waaren handelt, durch unwiderrufliche Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle sich von seiner Verbindlichkeit befreien (B.G.B. § 378). Handelt es sich um nicht zur Hinterlegung geeignete Waaren, so kann er sie gemäß B.G.B. § 383 versteigern lassen und den erzielten Erlös für den Käufer niederlegen.

Nr. 2. 2. Nach B.G.B. § 433 Abs. 2 hat der Verkäufer **Klage auf Abnahme** der Waare am Ablieferungsorte (das Gericht dieses Ortes wäre also nach § 29 C.P.O. das zuständige R.G. bei Holdheim IX S. 51; hinsichtlich des Werklieferungsvertrages B.G.B. § 640). Des Nachweises eines besonderen Interesses an der Abnahme auf Seite des Verkäufers bedarf es für die Klage nicht (Zwangsvollstreckung C.P.O. § 887). Beruht die Nichtabnahme des Käufers auf dessen Verschulden, so liegt zugleich ein Leistungsverzug des Käufers vor, nämlich Verzug in Erfüllung der ihm obliegenden Abnahmeverpflichtung. Verkäufer kann dann also nach B.G.B. § 326 vorgehen, worüber bei § 376.

Nr. 3. 3. Stets hat ferner Verkäufer die ihm durch das B.G.B. §§ 302, 304 gewährten Rechte (Beschränkung der Haftung auf wirklich gezogene Nutzungen, Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen, die Verkäufer für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung der verkauften Waaren machen mußte), beim Werklieferungsvertrag Anspruch auf Schadensersatz nach B.G.B. § 642.

Nr. 4. 4. Nach älterem Recht war zweifelhaft, ob neben den besonderen Bestimmungen des Art. 343 die dem Verkäufer bei Annahmeverzug des Käufers nach bürgerlichem Recht zustehenden Befugnisse anzuerkennen seien. Ueberwiegend wurde aber die Frage bejaht (vgl. Staub § 9 zu Art. 343, § 7 zu Art. 346). Für vor dem 1. Jan. 1900 abgeschlossene Kaufverträge hat auch in dieser Hinsicht das ältere Recht Platz zu greifen (Art. 170 E.B.G.B.). Nach diesem bestand eine Klage auf Abnahme der Waare jedenfalls dann, wenn Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme hatte (R.G.E. V S. 393, XXX S. 118), nach mehreren Landesrechten aber auch ohne solches, ja auf Grund des alten Art. 346 wurde letzteres sogar von Manchen für das Reichsrecht behauptet. — Im Uebrigen hatten die Landesrechte über die Folgen des Abnahmeverzuges zu entscheiden.

§ 375.

Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Im ersteren Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzutheilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend.

Entw. I § 346, II § 367; Denkschr. I S. 216—218, II S. 3245, 3246.

Digitized by Google

Litteratur: Oertmann im Archiv für civilist. Praxis Bd. 85 S. 202 ff.; vgl. auch Kohler im Archiv für bürgerliches Recht XIII S. 185 ff.; Weber, Zum Spezifikationskaufe Diss. 1897.

Der § 375 regelt die Folgen der beim sogen. Spezifikationskauf dem Käufer obliegenden, aber von diesem unterlassenen Bestimmung über die näheren Modalitäten des Vertrages. Der § bezieht sich auf alle Fälle, in denen der Spezifikationskauf auch nur auf einer Seite ein Handelsgeschäft ist (§ 345).

Nr. 1. **Spezifikationskauf** ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der Kauf einer Waare, bei der dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maaß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist. Für den Begriff ist also wesentlich einmal, daß ein bindender Kaufvertrag vorliegt, andererseits, daß der Geschäftsinhalt von einer gewissen Unbestimmtheit ist. Diese Unbestimmtheit darf jedoch nicht so weit gehen, daß sie die Existenz des Kaufvertrages selbst tangirt. Fehlt es an der erforderlichen Bestimmtheit über Preis oder Waare, so liegt überhaupt kein Kaufvertrag vor. — Auch muß ein Kaufvertrag vorliegen, liegen zwei neben einander hergehende Kaufverträge vor in der Art, daß der Verkäufer die Waare A unter der Bedingung verkauft, daß Käufer nicht die Waare B wählt und die Waare B unter der Bedingung, daß Käufer nicht die Waare A wählt — so ist der Begriff des Spezifikationskaufes nicht gegeben. — Dieser eine Kaufvertrag muß ferner nur ein Leistungsobjekt enthalten. Der Verkäufer darf nicht mehrere Leistungen in der Art schulden, daß dem Käufer das Wahlrecht unter diesen zusteht (R.G.E. XXXV S. 2). Wenngleich der Spezifikationskauf eine gewisse Aehnlichkeit mit der alternativen Obligation hat, deshalb auch vom Gesetz in gewissen Beziehungen nach deren Analogie behandelt wird — so ist er doch innerlich von ihr unterschieden. Bei der alternativen Obligation sind zwei von einander verschiedene Objekte in obligatione, von denen der wahlberechtigte Theil das eine wählen kann. Hier dagegen ist nur eine Waare da — und nur gewisse Modalitäten hinsichtlich der Waare werden der Bestimmung des Käufers überlassen (vgl. Bolze XX Nr. 515).

Nr. 2. Andererseits ist der Geschäftsinhalt von einer gewissen Unbestimmtheit, weil dem Käufer die nähere Bestimmung über Modalitäten von nicht für den Begriff des Kaufvertrages wesentlicher Art vorbehalten ist. Als solche hebt das Gesetzbuch nähere Bestimmungen über Form (Dimension) und Maaß der Waare hervor, um im Uebrigen auf „ähnliche" Verhältnisse zu verweisen. Dahin können Lieferungszeit (R.O.H.G. XIII S. 303), Erfüllungsort u. dgl. gehören. Ja auch die Sorte der Waare kann Spezifikationsgegenstand sein. Stets muß die Unbestimmtheit sich dem Kaufvertrag mittheilen. Ist der Kaufvertrag bestimmt, liegt aber außerdem ein andersartiger Vertrag vor, schließt sich z. B. an den Kaufvertrag ein Werkvertrag an — ich kaufe vom Goldschmied eine goldene Brille und bestelle nach Vollzug des Kaufes eine Verzierung, wobei ich mir gewisse Bestimmungen vorbehalte —, so würde nicht § 375 zur Anwendung kommen (im gegebenen Beispiel vielmehr B.G.B. §§ 642, 643).

Nr. 3. Seine **Hauptanwendung** findet der Spezifikationskauf als Gattungskauf. Die über ihn ergangenen Entscheidungen der Praxis haben stets nur Gattungskäufe im Auge. Vornehmlich kommt er in der Eisenindustrie vor, doch ist er auch in gewissen anderen Branchen, z. B. im Garnhandel, Holz-, Theer-, Zucker-, Pappenhandel zu bemerken (R.G.E. XIV S. 243 ff., XXIX S. 17, Bolze IV Nr. 723, VI Nr. 556, VIII Nr. 493, XVIII Nr. 465, XIX Nr. 566, XXII Nr. 441). Indessen schließt der Wortlaut des Gesetzes nicht die Anwendung auf den Spezieskauf aus. Auch beim Tausch und Werklieferungsvertrag über eine Spezies sind ähnliche Ausmachungen denkbar und unterstehen dann den Grundsätzen des § 375. — Ja auch beim Kauf von Werthpapieren ist er logisch nicht ausgeschlossen. — Gleichgültig ist, ob es sich um Platz- oder Distanzkauf handelt, gleichgültig auch, ob der Verkäufer selbst die Waare bestellen soll oder ob er sie von einem Dritten bezieht, zu dem er möglicherweise auch die Stellung eines Spezifikationskäufers einnehmen kann.

Nr. 4. Zwei **Arten des Spezifikationskaufs** lassen sich nach der bisherigen Praxis unterscheiden: die einfache und die qualifizirte Spezifikation. Bei der einfachen ist die Waare der Qualität nach festbestimmt, aber der Käufer kann Form oder Maaß oder sonstige Modalitäten näher bestimmen, z. B. der Käufer einer Quantität Walzeisen hat das Recht zu bestimmen, ob er Flacheisen, Rund- und Quadrateisen oder Nageleisen haben will (R.O.H.G. XIV S. 42), der Käufer einer Quantität Roheisen kann bestimmen, welche Sorten Draht oder Stifte aus dem Roheisen hergestellt werden sollen (R.G.E. X S. 96 ff.), dem Käufer von wollenem Garn bestimmter Qualität ist überlassen die Bestimmung der Garnnummer (R.G.E. XIV S. 244). Dabei kann

Digitized by Google

der Preis für die Rohwaare und die geformte Waare der gleiche sein oder es kann für die Formgestaltung ein Zuschlagspreis (Ueberpreis) vereinbart sein.

Nr. 5. Bei der qualifizirten Spezifikation ist auch hinsichtlich der Qualität der Waare dem Käufer ein gewisser Spielraum gelassen. Die Sorte steht noch nicht ganz fest, der Käufer kann gewöhnliche Waare oder bessere Qualität oder von mehreren Qualitäten eine auswählen oder das Gesammtquantum auf mehrere Sorten vertheilen, wobei dann die Sorten den gleichen Preis oder verschiedene Preise (die besseren Qualitäten Ueberpreise) haben können (Beispiele in R.O.H.G. XVIII S. 48 ff., R.G.E. XXX S. 97 ff.). Dieser Fall steht dem der alternativen Obligation erheblich näher, als der vorige, aber er unterscheidet sich doch von ihm dadurch, daß in Wahrheit nur ein Grundstoff gemeint ist (R.G.E. XXXV S. 2, XXIX S. 18), nicht zwei verschiedene Objekte, zwischen denen zu wählen ist. Ist die Bestimmung auch des Grundstoffes dem Käufer überlassen, so liegt eine alternative Obligation vor.

Nr. 6. **Zeit der Spezifikation.** Für die Spezifikation kann dem Käufer eine bestimmte Frist gesetzt sein — oder es kann von dem Ermessen des Käufers die Zeit der Spezifikation abhängig gemacht sein, oder es kann der Vertrag über die Zeit der Spezifikation schweigen. Je nach Lage der Dinge wird sich der Zeitpunkt, an dem der Käufer die Spezifikation vorzunehmen hat, verschieden bestimmen. Ist eine bestimmte Frist gesetzt, so ist bis zum Ablauf der Frist zu spezifiziren; ist der Zeitpunkt der Spezifikation in das Ermessen des Käufers gestellt, so darf von ihm die Spezifikation nicht ungebührlich hinausgeschoben werden. Schweigt der Vertrag über den Zeitpunkt, so ist im Zweifel sofort zu spezifiziren (B.G.B. § 271).

Nr. 7. Die Unterlassung der Spezifikation durch den Käufer ist Unterlassung nicht bloß eines ihm zustehenden Rechts, sondern auch einer ihm obliegenden Verpflichtung. **Verzug in Erfüllung der Spezifikationspflicht** fällt somit unter den Begriff des **Leistungsverzuges.**[1]) Der Käufer, der nicht spezifizirt, erfüllt nicht rechtzeitig eine schuldnerische Leistung. Folglich sind die Grundsätze von der mora debitoris anzuwenden. Folglich kann — was praktisch wichtig ist — der Käufer hier nicht unverschuldet in Verzug gerathen (B.G.B. § 285), folglich bedarf es grundsätzlich der Mahnung des Verkäufers, um den Käufer in Verzug zu setzen (B.G.B. § 284) u. a.

Demgemäß bestimmt § 375 die Folgen des Verzuges in grundsätzlicher Anlehnung an den Fall der mora solvendi bei gegenseitigen Verträgen (B.G.B. § 326), jedoch mit einer gewissen, an den Fall der Alternativobligation (B.G.B. § 264 Abs. 2) anklingenden Abweichung:

Nr. 8. a) Der Verkäufer hat, wie beim Leistungsverzug des Käufers, die dreifache Wahl, ob er an dem Vertrage festhalten und Erfüllung begehren oder ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder ob er vom Vertrage zurücktreten will:

Nr. 9. α) **Will der Verkäufer an dem Vertrage festhalten** und Erfüllung begehren, so braucht er nicht den möglichen, aber umständlichen Weg der Klage auf Spezifikation zu beschreiten (welchenfalls aus dem Urtheil Vollstreckung auf Grund von § 887 C.P.O. erfolgen würde), sondern er kann selbst die Bestimmung statt des Käufers vornehmen, diesem die getroffene Bestimmung mittheilen und ihm eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung setzen (nicht bloß belassen). Falls daraufhin nicht der Käufer innerhalb der Frist eine anderweite Bestimmung vornimmt, ist die Bestimmung des Käufers maßgebend, der Verkäufer kann durch Angebot der so bestimmten Waare den Käufer in Annahmeverzug versetzen. Im Einzelnen gilt:

Nr. 10. 1. **Die Mittheilung der getroffenen Bestimmung durch den Verkäufer** an den Käufer bedarf keiner bestimmten Form, sie kann mündlich und schriftlich erfolgen.

Ihr Inhalt muß die Erklärung, welche Bestimmung der Verkäufer getroffen habe, deutlich ersehen lassen. Fehlt es der Mittheilung an der erforderlichen Präzision, so kann sie nicht den rechtlichen Effekt erzielen, den das Gesetz an die gehörige Mittheilung

---

[1]) Nach Staub § 375 Anm. 2, 3 des Abnahme-, d. h. des schuldhaften Annahmeverzuges, woraus folgt, daß der Verkäufer nachweisen muß, er sei bereit und im Stande, die Waare nach erfolgter Spezifikation zu liefern. Allein dies folgt nicht aus dem Gesetz. Der Verkäufer braucht die Waare noch nicht zu haben, es hat für ihn vielleicht wenig Zweck, die Waare zu bestellen, solange der Käufer noch nicht spezifizirt hat.

Digitized by Google

knüpft. Es genügt somit nicht die einfache Drohung, der Verkäufer werde einseitig spezifiziren, oder behalte sich alle Rechte vor, oder er nehme an, der Käufer sei mit jeder Art der Spezifikation einverstanden, vielmehr muß der Verkäufer, daß er die dem Käufer vorbehaltene Modalität einerseits vorgenommen habe, angeben. Handelte es sich somit um den Fall der qualifizirten Spezifikation, so muß der Verkäufer nicht bloß Dimension und Maaß, sondern auch die Sorte bestimmen — der Angabe des Ueberpreises bedarf es nicht, weil im Kaufvertrage der Preis der einzelnen Sorten festgelegt war. War der Käufer nur mit einem der zu spezifizirenden Punkte in Verzug, so beschränkt sich die Mittheilung naturgemäß auf diesen.

Wann die Mittheilung vorzunehmen ist, sagt das Gesetz nicht. Da sie aber Nr. 11.
wegen Verzug in Erfüllung der Spezifikationspflicht auf Seite des Käufers erfolgen soll, so ist eine vor Verzug vorgenommene Mittheilung regelmäßig unwirksam, selbst dann, wenn der Verkäufer irrthümlich annahm, der Käufer sei in Verzug der Spezifikation (vgl. R.O.H.G. XIV S. 25). Doch wird die auch vorher abgegebene Mittheilung dann wirksam sein, wenn der Käufer seine ernstliche Weigerung, seiner Verpflichtung nachzukommen, vorher erklärt hatte (R.O.H.G. X S. 241, XIII S. 137 u. s. w.). Unmittelbar nach Eintritt des Verzuges braucht die Erklärung nicht zu erfolgen, der Verkäufer hat es in der Hand zu warten, denn der Käufer hat ja als Gegenäquivalent bis zur Erklärung die Möglichkeit der purgatio morae (vgl. R.O.H.G. VII S. 390 ff., XXIII S. 85 u. s. w.), nur darf die Mittheilung nicht illoyal verspätet werden, so daß darin eine ungerechtfertigte Benachtheiligung des Käufers zu erblicken ist (R.G.E. XXXII S. 64).

Die Mittheilung ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Nr. 12.
Käufer. Es genügt nicht, daß der Verkäufer rechtzeitig und gehörig sendet, die Gefahr des Transportes trägt vielmehr der Verkäufer.

2. **Mit der Mittheilung ist die Setzung einer angemessenen Frist zur Vor-** Nr. 13.
nahme anderweitiger Bestimmung zu verbinden. Auch dies ist wesentlich. Dabei ist nothwendig, daß der Verkäufer die Frist selbst bestimmt und daß die Frist eine angemessene ist. Es genügt also nicht die einfache Aufforderung an den Käufer, daß er spezifiziren solle oder daß er baldigst, baldthunlichst spezifiziren solle; noch weniger genügt es, daß dem Käufer eine angemessene Frist gelassen (gewährt) wird. Vielmehr muß die Frist direkt angegeben werden. Welche Frist eine angemessene ist, bestimmt sich nach Lage des Falles, wobei zu berücksichtigen ist, daß der Verkäufer Umstände, die ihm nicht bekannt waren und nicht bekannt sein mußten, nicht in Betracht zu ziehen braucht (R.O.H.G. VIII S. 127). Die Setzung einer längeren, als angemessenen Frist kann nie bemängelt werden, die einer kürzeren würde dagegen wirkungslos sein, es sei denn, daß der Käufer sich mit ihr einverstanden erklärt. Nicht nothwendig wird die Fristsetzung dann sein, wenn der Käufer seinerseits rund heraus die Weigerung zur Spezifikation erklärt hatte (vgl. R.O.H.G. III S. 210, 321, VI S. 326 u. s. w.). Die Fristsetzung ist mit der Spezifikationserklärung des Verkäufers zu verbinden, d. h. sie braucht nicht nothwendig im selben Schreiben zu ergehen, sie hat nur möglichst gleichzeitig zu erfolgen, es wird genügen, wenn sie in unmittelbarem Anschluß gesondert unter Bezugnahme auf die Spezifikationserklärung geschieht. — Im Uebrigen gilt hinsichtlich ihrer Form und rechtlichen Natur dasselbe wie von der Mittheilung.

3. Nimmt der Käufer innerhalb der gesetzten Frist die Spezifikation Nr. 14
nicht vor, so ist die vom Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend. Das Gesetz **fingirt** hier die Genehmigung des Käufers zur Bestimmung des Verkäufers, es präsumirt sie nicht bloß. Demgemäß würde der Nachweis von Seite des Käufers, er sei nicht mit der vom Verkäufer geschlossenen Bestimmung einverstanden gewesen, nichts nützen; wohl aber der Nachweis des Käufers, er habe die Mittheilung von der Spezifikation und die Nachfristsetzung nicht erhalten. Auch verspätete Spezifikation des Käufers nützt dem Käufer nichts, selbst dann, wenn die Verspätung eine unverschuldete ist.[1]) Doch kann aus der Sachlage hervorgehen, daß der Verkäufer die Verspätung genehmigte. Unter „Vornahme" der Spezifikation ist hier nicht bloß Absendung der Erklärung durch den Käufer zu verstehen, vielmehr muß die

[1]) Das R.G. (E. Bd. XXXVII S. 30) ging nicht so weit, es ließ Spezifikation auch nachträglich zu, sofern res integra war und der Verkäufer in seinen Interessen nicht erheblich verletzt wurde. Aber der Wortlaut des Gesetzes geht nun weiter und es ließe sich höchstens mit dem Chikane-§ (B.G.B. § 226) helfen.

Digitized by Google

Erklärung dem Verkäufer zugegangen sein (B.G.B. § 130). Die Gefahr des Transportes trifft bei der Käuferspezifikation also den Erklärenden, nicht den Adressaten. Das ergiebt sich klar aus der ratio legis, da dem Verkäufer das Recht gegeben werden soll, falls ihm nicht innerhalb der Nachfrist ein Anderes erklärt wird, selbst zu spezifiziren.

Die Bestimmung des Verkäufers ist maßgebend, d. h. der Verkäufer kann nun nicht bloß für die Zukunft die Waare dementsprechend spezifiziren, sondern die schon vorher getroffenen Maßnahmen haben rückwirkend Kraft erhalten. Der Käufer kann nicht einwenden, daß die Spezifikation der Waare re vera vor dem Ablauf der Nachfrist erfolgt sei, B.G.B. § 263 Abs. 2 findet hier entsprechende Anwendung.

Nr. 15. 4. Mit der rechtsgültigen Spezifikation, sei es durch den Käufer, sei es durch den Verkäufer, verwandelt sich der Spezifikationskauf in einen **gewöhnlichen** Kauf. Es treten nun die allgemeinen Folgen ein. Geräth der Käufer nunmehr in Annahmeverzug, so greift H.G.B. § 373, geräth er in Leistungsverzug, B.G.B. § 326, H.G.B. § 376 Platz. Zu Annahmeverzug kann aber möglicherweise der Käufer sofort mit Ablauf der ihm gesetzten Nachfrist gerathen. Bietet ihm der Verkäufer im Zeitpunkt des Ablaufes der Nachfrist die Waare in der Gestalt an, die der Bestimmung des Verkäufers entspricht, so versetzt er den Käufer sofort in Annahmeverzug und kann er somit zum Selbsthülfeverkauf nach § 373 Abs. 2 schreiten. Hatte der Käufer vorher rundweg die Spezifikationsvornahme abgelehnt, so kann sogar ohne Abwartung einer Nachfrist der Verkäufer den Käufer in Annahmeverzug bringen und schleunigen Selbsthülfeverkauf erzielen. — Keineswegs aber liegt in dem bloßen Schweigen des Käufers auf die Spezifikationsbestimmung des Verkäufers ohne Weiteres ein Annahmeverzug des Käufers. Diese für das ältere Recht von der Judikatur vertretene Auffassung (vgl. R.O.H.G. XV S. 146 ff., XXII S. 5, R.G.E. X S. 100) ist dem neuen Gesetzbuch gegenüber nicht aufrecht zu erhalten. Denn indem das Gesetz dem Verkäufer die Möglichkeit einseitiger Spezifikation gewährt, versetzt es ihn in die Lage, die Leistung ohne Mitwirkung des Gläubigers zu bewirken. Der für den Annahmeverzug des Gläubigers in §§ 295, 296 des B.G.B. maßgebende Gesichtspunkt trifft also nicht mehr zu. Von einem Selbsthülfeverkaufe der zu liefernden Waare in der Weise, daß nunmehr der Ersteher die Spezifikation vornimmt, kann also keine Rede sein. Der Verkäufer kann selbst spezifiziren und die so spezifizirte Waare bei Annahmeverzug des Käufers im Wege des Selbsthülfeverkaufes losschlagen. Umgekehrt aber liegt in dem Verzuge des Käufers hinsichtlich der Spezifikation möglicherweise zugleich ein Verzug in der Zahlung, wenn nämlich die Zahlung des Preises dadurch willkürlich hinausgeschoben wird. Solchenfalls kann die Verpflichtung zum Ersatz des dem Verkäufer entstehenden Schadens (B.G.B. § 286) sowie zur Zahlung von Verzugszinsen (B.G.B. § 288, H.G.B. § 352) begründet sein. Vgl. R.G.E. XXIX S. 18, 19.

Nr. 16. β) Will der Verkäufer **Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder will er vom Vertrage zurücktreten,** so hat er nach B.G.B. § 326 vorzugehen, d. h. er hat dem Käufer eine angemessene Frist zur Spezifikation zu bestimmen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Spezifikation ablehne. Nach Ablauf der Frist kann er dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, während der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist. Vgl. hierüber das Nähere bei § 376.

Nr. 17. b) Hat sich der Verkäufer für einen von beiden Wegen entschieden, so kann er nicht den anderen beschreiten. Insbesondere hat er dem Käufer erklärt (Fall α), er spezifizire und setze dem Käufer die Frist zur anderweiten Spezifizirung, so kann er nicht nachträglich erklären, er lehne die Annahme der Spezifikation des Käufers ab und verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder trete zurück. Er muß dann die spezifizirte Leistung anbieten und Erfüllung vom Käufer begehren. Aber auch im umgekehrten Falle β) wird es ihm nach den allgemeinen Grundsätzen über Wahlberechtigung nicht gestattet sein, seine Wahl ohne Genehmigung des Käufers zu ändern, sobald seine Erklärung dem Käufer zugegangen ist. Es wird somit stets der Inhalt seiner Erklärung genau zu prüfen sein. Enthält dieselbe die Erklärung eigener Spezifikation, so ist anzunehmen, daß er den Weg sub α, enthält sie die bloße Setzung der Nachfrist unter Ausdrücken, die die Ablehnungsandrohung involviren, so ist anzunehmen, daß er den Weg sub β gewählt hat. Eine Verbindung beider Erklärungen mit einander ist ausgeschlossen.

Digitized by Google

c) Wie steht es, wenn die Erfüllung des Kaufvertrages für den Verkäufer in Folge des Verzuges der Spezifikation durch den Käufer kein Interesse mehr hat? (Fall des B.G.B. § 326 Abs. 2.) Diesenfalls hat der Verkäufer das Wahlrecht zwischen eigener Spezifikation und Setzung einer Nachfrist behufs anderweitiger Spezifikation aus § 375 einerseits und Vorgehen ohne Gewährung einer Nachfrist in Gemäßheit von B.G.B. § 326 Abs. 2 andererseits (d. h. entweder Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt). — Wenn bedungen ist, daß die Spezifikation des Käufers genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, wird § 376 zur Anwendung gebracht werden müssen. Nr. 18.

d) Ist der Käufer nur **hinsichtlich eines Theiles der Waare** mit der Spezifikation in Verzug, so ist der Verkäufer im Allgemeinen darauf beschränkt, hinsichtlich dieses Theiles selbst zu spezifiziren und dem Käufer Frist zur anderweitigen Spezifikation zu gewähren; hat aber in Folge des Verzuges in der Spezifikation die Erfüllung für ihn kein Interesse, so kann er auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, beziehungsweise das Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage ausüben (B.G.B. § 326 Abs. 1, 2). Nr. 19.

e) Kann der Verkäufer, statt aus § 375, einfach nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über **Leistungsverzug bei gegenseitigen Verträgen, also gemäß B.G.B. § 326, vorgehen?** Dies ist an sich zu bejahen, obwohl selten praktischer Gebrauch davon gemacht werden wird (vgl. § 376 Nr. 5). Hatte der Verkäufer auf Spezifikation geklagt, was ihm ja zusteht, so kann er auch aus B.G.B. § 283 vorgehen, sobald der Käufer rechtskräftig verurtheilt wäre, er kann aber auch nach rechtskräftiger Verurtheilung auf § 375 zurückgreifen. Nr. 20.

f) **Kann der Verkäufer, wenn Käufer nicht spezifizirt, auch wegen Annahmeverzuges des Käufers vorgehen?** Dies ist nach den oben unter Nr. 15 erörterten Gesichtspunkten zu verneinen. Doch kann natürlich nach vollendeter Spezifikation durch den Verkäufer ein Annahmeverzug des Käufers vorliegen (anders Denkschr. I S. 218, ferner Oertmann zu B.G.B. § 295 und Staub § 375 Anm. 15, 16). Nr. 21.

7. § 375 bezieht sich nur auf unter der Herrschaft des **neuen** Rechts geschlossene Spezifikationskäufe. Solche Spezifikationskäufe, die vor dem 1. Januar 1900 eingegangen sind, unterstehen dem alten Recht. Dieses erblickte im Unterlassen der Spezifikation einen Annahmeverzug des Käufers und gewährte deshalb dem Verkäufer die Befugniß zum Selbsthülfeverkauf derart, daß der neue Käufer die Spezifikation vornahm (Art. 343) oder auch das Recht, vom Käufer Zahlung des bei der billigsten Spezifikation zu erzielenden Preises zu verlangen. Eine direkte Klage auf Spezifikation und ein Recht des Gläubigers, selbst zu spezifiziren, wurde für das gemeine Recht geleugnet, für das preußische Recht theilweise bejaht (vgl. Staub[5] zu Art. 337 § 19, R.G.E. Bd. XXIX Nr. 6, XXX Nr. 29, XXXVII S. 25, Bolze XXII Nr. 441). Nr. 22.

§ 376.

Ist bedungen, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Theil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrage zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Waare einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden.

Digitized by Google

Das Ergebniß eines anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufes kann, falls die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur zu Grunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablaufe der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist. Der Verkauf oder Kauf muß, wenn er nicht in öffentlicher Versteigerung geschieht, durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise erfolgen.

Auf den Verkauf mittelst öffentlicher Versteigerung findet die Vorschrift des § 373 Absatz 4 Anwendung. Von dem Verkauf oder Kaufe hat der Gläubiger den Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Entw. I §§ 347, 351, II § 368; Denkschr. I S. 221—223, 227, II S. 3246—3248; Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts §§ 105, 123, 130.

Der § 376 behandelt die bei dem Handelskauf, der Fixgeschäft ist, eintretenden
Nr. 1. Folgen der nicht rechtzeitigen Leistung in vom bürgerlichen Recht abweichender Gestaltung. Er unterscheidet dabei zwei Fälle: einmal den Fall, daß die rechtzeitige Leistung ohne Verzug des Schuldners unterbleibt, sodann den Fall, daß der Schuldner in Leistungsverzug ist. Ueber beide Fälle wird gesondert zu handeln sein.

Zum gehörigen Verständniß dieses Paragraphen ist eine Heranziehung der Grundsätze des bürgerlichen Rechts über den Kauf unerläßlich. Es sind somit zunächst die Folgen nicht rechtzeitiger Leistung beim gewöhnlichen Kauf (oder Tausch), sodann die beim Fixgeschäft eintretenden Folgen ausführlich darzustellen.

I. Folgen nicht rechtzeitiger Leistung beim gewöhnlichen Kauf.

Nr. 2. A. Wird beim **gewöhnlichen** Kauf — gleichgültig, ob er Handelskauf ist oder nicht — nicht rechtzeitig geleistet, **ohne daß der Leistungsverpflichtete in Verzug geräth** — so hat der andere Theil weder ein Rücktrittsrecht (abgesehen vom Falle des B.G.B. § 283, vgl. B.G.B. § 325 Abs. 2) noch Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung. Er hat lediglich Anspruch auf Erfüllung. Unverschuldet eintretende Unmöglichkeit befreit den Leistungsverpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. §§ 275, 279). Dabei ist zu beachten, daß beim Gattungskauf der Verkäufer sein Unvermögen zur Leistung schlechthin zu vertreten hat, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist. Hier kann er also trotz kasuellen subjektiven Unvermögens immer noch in Verzug gerathen. Wohl aber würde er beim Gattungskauf nicht in Verzug sein, wenn durch sonstige unverschuldete Umstände die Leistung unterbleibt, z. B. weil er sich in entschuldbarem Irrthum über das Schuldverhältniß befand oder weil er wegen Blokade nicht liefern kann (Planck zu § 284 Nr. 7e, Oertmann zu § 285 Nr. 2). — Wieweit der befreite Leistungsverpflichtete Anspruch auf die Gegenleistung hat, bestimmt sich nach B.G.B. §§ 323, 324, 446.

Nr. 3. B. **Geräth beim gewöhnlichen Kauf der Leistungsverpflichtete in Leistungsverzug,** so normirt B.G.B. § 326:

Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

Hat die Erfüllung des Vertrages in Folge des Verzuges für den anderen Theil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

a) Der **Leistungsverpflichtete** ist in Verzug, d. h. der Verkäufer mit Uebergabe und Eigenthumsverschaffung hinsichtlich der Waare, der Käufer mit Zahlung des Kaufpreises.[1])

α) Der **Verkäufer** ist in Verzug mit Uebergabe und Eigenthumsverschaffung der Waare gegenüber dem Käufer. Beides erklärt B.G.B. § 433 Abs. 1 als Leistungspflicht des Verkäufers. Durch Unterlassung nicht bloß der Uebergabe, d. h. der realen Tradition (Einräumung des mittelbaren Besitzes genügt nicht), sondern auch der Eigenthumsverschaffung kann der Verkäufer in Leistungsverzug gerathen. Hat insbesondere der Verkäufer dem Käufer das Eigenthum an der Waare durch ein Traditionspapier (Konnossement ꝛc.) übertragen, versäumt er aber die körperliche Uebergabe, so geräth er in Leistungsverzug. Ueberträgt er umgekehrt dem Käufer den Besitz, unterläßt er aber den Eigenthumsübertragungsakt, so geräth er ebenfalls in Leistungsverzug. Liefert er die Waare auf Verlangen des Käufers dem Spediteur oder Frachtführer aus, so liegt darin im Zweifel weder Besitz- noch Eigenthumsübertragung an den Käufer. Sistirt er also nachträglich den Transport, so kann er in Verzug gerathen. — Anders, wenn der Käufer mit dem Verkäufer ein Rechtsverhältniß vereinbart, nach dem der Verkäufer als unmittelbarer Besitzer für den Käufer als mittelbaren Besitzer besitzt (B.G.B. § 930, z. B. der Verkäufer wird Depositar oder Kommodatar). Giebt dann der Verkäufer die Waare nicht nachträglich heraus, so geräth er in Verzug nicht als Verkäufer, sondern als Depositar u. s. w. Nr. 4.

β) Der **Käufer** ist im Verzug mit der Zahlung des Kaufpreises. Daß der Käufer in Annahmeverzug ist, ist gleichgültig. Da jedoch B.G.B. § 433 Abs. 2 die Pflicht des Käufers zur Abnahme der gekauften Sache ausspricht, so liegt in der Nichtabnahme eine Unterlassung der dem Käufer obliegenden Leistung. Insofern kann auch verschuldeter Annahmeverzug des Käufers einen Leistungsverzug desselben darstellen und der Verkäufer kann neben den §§ 373, 374 die Bestimmungen des B.G.B. § 326 für sich verwenden (Fleck im Archiv f. bürgerl. Recht XII S. 254, Düringer H. II S. 134, anders für das ältere Recht R.O.H.G. IX S. 81, XI S. 105, XII S. 57, anders auch Staub, Exkurs zu § 374, Anm. 140 ff., weil es sich hier nicht um diejenige Leistung handle, welche die eigentliche Gegenleistung sei, allein B.G.B. § 433 stellt die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der Waare gegenüber der Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der Sache und Verschaffung des Eigenthums an der Sache. Auch fragt es sich, ob B.G.B. § 326 so eng auszulegen ist). Auch der Fall, daß der Käufer mit der Spezifikation in Verzug ist, kann unter diesem Gesichtspunkt betrachtet werden (vgl. bei § 375 Nr. 20). — Andererseits ist nicht nothwendig, daß die Waare dem Käufer noch nicht übergeben ist, auch wenn sie übergeben ist, normirt grundsätzlich B.G.B. § 326. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Kaufpreis gestundet ist (B.G.B. § 454). Hierüber unten Nr. 45. Nr. 5.

b) Der Leistungsverpflichtete ist in **Verzug.** Ueber den Begriff des Verzuges normiren B.G.B. §§ 284, 285. Nothwendig ist:

α) **Fälligkeit der Leistung.**[2]) Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen (B.G.B. § 271). Aus den Umständen kann ein Anderes entnommen werden theils mit Rücksicht auf die Art der Leistung, theils mit Rücksicht auf die Person des Gegenkontrahenten oder den Zweck der Leistung. Die Zeit für die Leistung kann bestimmt sein entweder mit kalendermäßiger Angabe oder unter Anwendung von Ausdrücken, die erst selbst näherer Auslegung bedürftig sind. In letzterer Beziehung sind bei beiderseitigen Handelskäufen Handelsgebräuche zu berücksichtigen (§ 346). Vgl. über diesen Punkt bei § 346 Nr. 8. Nr. 6.

---

[1]) Dies sind die charakteristischen Leistungen beim Kauf; es ist natürlich möglich, daß daneben noch weitere Leistungen — sei es Handlungen, sei es Unterlassungen — vereinbart werden. Vgl. z. B. R.G.E. I S. 56, XLII Nr. 8, Bolze XVI Nr. 417, XVII Nr. 472. Für solche gilt das Entsprechende.

[2]) Eine eigenthümliche, abweichende Bestimmung im Börsengesetz § 53.

Digitized by Google

Ist die Leistungszeit mit kalendermäßiger Angabe bestimmt -- so wird sie, falls eine Frist angegeben ist, mit dem letzten Tage der Frist — falls ein Termin angegeben ist, mit dem Termin fällig; die vorherige Weigerung der Erfüllung begründet vor Eintritt des Fälligkeitstages keinen Erfüllungsverzug. Fällt der Fälligkeitstag auf einen Sonntag oder staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt der nächstfolgende Werktag an dessen Stelle (B.G.B. § 193). — Ist die Leistungszeit von vorheriger Kündigung des Gläubigers derart abhängig gemacht, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt, so tritt die Fälligkeit ohne gehörige Kündigung nicht ein. Ist dem Gläubiger innerhalb einer Frist das Recht gesetzt, den Fälligkeitstag zu bestimmen („zu liefern nach Wahl des Käufers innerhalb der Frist vom . . . . bis . . . .), so hat er, falls er von dem Recht Gebrauch machen will, den Schuldner davon zu benachrichtigen; andernfalls tritt der Fälligkeitstag mit Ablauf der Frist ein. Das Entsprechende gilt, wenn dem Schuldner das Recht gesetzt ist, innerhalb der Frist nach seinem Belieben den Verfalltag zu bestimmen (R.O.H.G. V S. 414, IX S. 271. — Im Uebrigen ist hinsichtlich des Begriffes der Fälligkeit auf das bürgerl. Recht zu verweisen.

Nr. 7. β) Da für alle gegenseitigen Verträge, also auch den Kauf, gesetzliche Regel ist, daß Zug um Zug zu leisten ist (B.G.B. § 320), so kann der Gläubiger die an sich fällige Leistung nur begehren, wenn er entweder die Gegenleistung bewirkt hat oder seinerseits bereit und im Stande ist, die Gegenleistung sofort zu bewirken, demnach der Käufer nur Lieferung fordern, wenn er entweder gezahlt hat oder bereit und im Stande ist, sofort zu zahlen, der Verkäufer nur Zahlung des Kaufpreises fordern, wenn er entweder geliefert hat oder bereit und im Stande ist, sofort zu liefern. Andernfalls geräth der Leistungsverpflichtete nicht in Leistungsverzug, er hat die **Einrede des nicht erfüllten Vertrages.** Dabei gilt im Einzelnen:

1. Der Gläubiger muß **entweder** die Gegenleistung bewirkt haben **oder** bereit und im Stande sein, die Gegenleistung sofort („Zug um Zug") zu bewirken.

Nr. 8. aa) Die **Gegenleistung bewirkt** hat der Gläubiger nur dann, wenn er sie vollständig, nicht bloß theilweise, bewirkt hat, ferner, wenn er das wirklich Geschuldete, nicht bloß ein aliud geleistet hat. Hat er ein aliud geleistet, hat insbesondere der Verkäufer eine andere Waare, als die vereinbarte geliefert, so steht dem Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu. Als aliud gilt es, wenn der Verkäufer beim Gattungskauf Waaren leistet, die nicht mittlerer Art und Güte sind (B.G.B. §§ 243, 480). -- Hat der Gläubiger dagegen mangelhaft geleistet, so steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur für den Fall, daß ein Mangel im Recht besteht, nach näherer Maßgabe von B.G.B. § 440 zu, während auf sonstige Fälle mangelhaft erfolgter Leistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur in dem Falle von B.G.B. § 463 (Zusicherung oder Arglist) gestützt werden kann. (Dernburg II S. 206.)

Nr. 9. bb) Der Gläubiger muß **bereit und im Stande sein, die Gegenleistung sofort** („Zug um Zug") **zu bewirken**, d. h. er muß dem Schuldner seinerseits die Leistung entweder thatsächlich anbieten oder — falls dieser vorher erklärt hat, die Annahme zu verweigern — wenigstens wörtlich anbieten (B.G.B. §§ 294, 295). Es ist dies aber nicht Bestandtheil des Klagegrundes derart, daß der Gläubiger das Angebot im Klagevortrag vorbringen und das Gericht von Amtswegen es berücksichtigen muß. Vielmehr bedarf es einer besonderen, darauf gerichteten Behauptung des Beklagten, um den Kläger zum Beweise zu nöthigen. Dies gilt auch für den Urkundenprozeß und ist wichtig für Anträge auf Erlaß eines Versäumnißurtheils (André, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages S. 27, 28). Das Urtheil geht auf Erfüllung Zug um Zug (B.G.B. § 322). Ueber die Vollstreckung von Zug um Zug zu bewirkenden Leistungen C.P.O. § 726 Abs. 2, 756. — Das wörtliche Angebot genügt nach B.G.B. § 295 auch, wenn der Schuldner die Leistung abzuholen oder eine sonstige Handlung zur Bewirkung der Leistung vorzunehmen hat, z. B. die Entscheidung zu treffen hat, welche Packung gewählt werden soll (Bolze XVIII Nr. 453). Ja das wörtliche Angebot fällt ganz fort, wenn für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung, z. B. die Abholung, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist und der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (B.G.B. § 296). -- Beim wörtlichen Angebot ist aber nothwendig, daß der Gläubiger wirklich im Stande ist, die Leistung zu bewirken (B.G.B. § 297; hinsichtlich des Verkäufers vgl. oben bei § 373 Nr. 9).

Digitized by Google

Das Angebot muß auch ein vollständiges sein, sich auf die ganze Leistung, beim Käufer also die Zahlung des ganzen Kaufpreises, beim Verkäufer die Lieferung der ganzen Waare, beziehen, weil der Schuldner zu Theilleistungen nicht berechtigt ist (B.G.B. § 266) — und es muß ein gehöriges sein, es muß vertragsmäßige, also auch mangelfreie Leistung angeboten werden (Planck zu § 320 Nr. 3, Dernburg b. R. II S. 205). Dem entspricht es, daß, wenn der Verkäufer aus demselben Vertrage an Mehrere zu liefern oder der Käufer aus demselben Vertrage an Mehrere zu zahlen hat, er grundsätzlich jedem Einzelnen der Mehreren den ihm gebührenden Theil so lange verweigern kann, bis die ganze Gegenleistung bewirkt ist, also der Verkäufer, bis der ganze Kaufpreis gezahlt, der Käufer, bis die ganze Waare geliefert ist. Dies gilt nicht bloß für den regelmäßigen Fall, daß die mehreren Gegenkontrahenten als Gesammtschuldner haften, sondern auch für den Fall der ausbedungenen Theilhaftung.[1])

Indessen modifizirt das Gesetz diese Sätze dann, wenn der Käufer bereits einen Theil der Waare oder der Verkäufer bereits einen Theil des Kaufpreises erhalten hat; dann darf der Empfänger der Leistung seine Gegenleistung insoweit nicht verweigern, als in solcher Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Theiles ein Verstoß gegen die bona fides liegen würde (B.G.B. § 320 Abs. 2), z. B. der Käufer hat bei Zahlung des Kaufpreises das Porto grundlos abgezogen, der Verkäufer kann daraufhin nicht einfach Lieferung der Waare verweigern. Er braucht dann also zwar nicht ganz zu leisten, muß aber einen entsprechenden Theil leisten. — Die bloße Sicherheitsleistung genügt dagegen nicht, um die Verweigerung der Gegenleistung auszuschließen (Unterschied vom Zurückbehaltungsrecht wegen eines konnexen Gegenanspruches, B.G.B. § 320 Abs. 1 Satz 3).

2. Die **Bewirkung der Gegenleistung** bedeutet, wenn Gläubiger der Verkäufer ist, daß bei Platzgeschäften der Verkäufer dem Käufer die Waare tradirt, bei Distanzgeschäften der Verkäufer den Käufer in den Stand setzt, die Waare abzunehmen. Der Käufer braucht den Kaufpreis also erst zu zahlen, wenn er in die Lage gesetzt ist, die Waare abzunehmen, also bei Distanzgeschäften erst, wenn die Waare am Bestimmungsort eingetroffen ist und der Käufer in die Lage versetzt ist, die Beschaffenheit der Waare zu prüfen (R.G.E. I S. 283, XXX S. 414, O.L.H.G. Hamburg in Z. XXXV S. 257, Bolze XI Nr. 406). Selbst also, wenn der Absendungsort Erfüllungsort für den Käufer ist, tritt für den Käufer die Möglichkeit des Leistungsverzuges erst ein mit dem Moment, wo ihm die Möglichkeit der Abnahme gewährt ist. Demnach kann Verkäufer Zahlung nicht schon begehren mit dem Moment, wo er die Waare zum Transport an den Frachtführer abgegeben hat, ebensowenig mit dem Moment der Aushändigung des Traditionspapieres an den Käufer (R.G.E. III S. 88, XXX S. 414); die Waare muß vielmehr am Destinationsort angelangt und es muß dem Käufer die Möglichkeit der Abnahme nach vorheriger Prüfung gewährt sein. Sowenig vor Bezahlung des Kaufpreises der Käufer die Aushändigung der Waare verlangen kann (R.O.H.G. XII S. 276), sowenig kann der Verkäufer vor Absendung und Ankunft der Waare den Kaufpreis begehren (R.O.H.G. XIII S. 170, XVIII S. 322). Der Verkäufer kann sich gegen vorzeitige Aushändigung der Waare dadurch schützen, daß er die Waare an einen Dritten, z. B. einen Spediteur, schickt, bei dem sie der Käufer vor der Zahlung untersucht und der sie nur gegen Zahlung des Kaufpreises aushändigt. — Schon aus diesem Grunde braucht der Käufer sich auch Zusendung der Waare gegen Nachnahme nicht gefallen zu lassen, weil ihm dadurch die Untersuchung der Waare vor Zahlung des Preises genommen wird (R.O.H.G. XIII S. 187 ff., Bolze XIII Nr. 434, XVII Nr. 444, XI Nr. 406, Seuffert XLVII Nr. 140, XXXVII Nr. 326, Adler-Clemens Nr. 1002, Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Nr. 276). — Dies steht nicht bloß für den Verkehr unter Kaufleuten als Handelsgebrauch fest, sondern ist als allgemeine Verkehrsanschauung anzusehen (vgl. Denkschr. II S. 3251, R.G.E. III S. 88). Entwurf I enthielt in § 351 eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts, in Entw. II war sie aber nicht übergegangen. — Hatte freilich der Käufer vorher rundweg die Annahme der Leistung Nr. 10.

[1]) Verlangt umgekehrt der Verkäufer von Einem der mehreren als Gesammtschuldner haftenden Käufer Zahlung des ganzen Kaufpreises, so muß er seinerseits auch die ganze Waare allen Käufern, sei es jedem zu seinem Theil, sei es bei untheilbaren Leistungen, allen gemeinsam anbieten.

Digitized by Google

verweigert, so bedarf es keiner Uebersendung durch den Verkäufer, die Verbalofferte, verbunden mit thatsächlicher Erfüllungsbereitschaft, genügt (B.G.B. § 295).

Aus dem Gesagten ergiebt sich für den Distanzkauf, daß Verkäufer die Absendung der Waare nicht aus dem Grunde verweigern kann, weil ihm die Erfüllungsbereitschaft des Käufers nicht nachgewiesen ist; der Käufer braucht zur Zahlung bereit und im Stande zu sein erst im Moment, wo die Waare am Destinationsorte zur Abnahme eingetroffen ist (R.O.H.G. VII S. 388, XIII S. 170). Dem Distanzkauf wird man übrigens den Platzkauf dann gleichzustellen haben, wenn der Verkäufer innerhalb derselben Ortschaft die Waare dem Käufer auf Bestellung überschickt (Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 36).

Nr. 11. 3. Die Parteien können die Verpflichtung eines Theiles zur **Vorleistung** vereinbaren (Pränumerationskauf, wenn Käufer, Kreditkauf, wenn Verkäufer vorzuleisten hat). Ersterenfalls (Klausel „Kassa bei Empfang der Faktura", Riesenfeld Nr. 274) wird die Leistung des Verkäufers erst nach erfolgter Leistung des Käufers, letzterenfalls die Leistung des Käufers erst nach erfolgter Leistung des Verkäufers fällig. Der erfolgten Leistung steht die Herbeiführung des Annahmeverzuges gleich (B.G.B. § 322 Abs. 2). Umgekehrt wird die Leistung des zur Vorleistung Verpflichteten ohne Rücksicht auf die Bereitschaft oder Fähigkeit des anderen Theiles zur Leistung fällig. Tritt freilich nach Abschluß[1]) des Kaufvertrages in den Verhältnissen des zur Nachleistung Berechtigten (also bei Pränumerationskauf des Verkäufers, bei Kreditkauf des Käufers) eine wesentliche Verschlechterung ein, die den Anspruch des Vorleistenden auf die Gegenleistung gefährdet (es braucht nicht gerade völlige Insolvenz zu sein oder Zahlungseinstellung vorzuliegen), so hat der Vorleistende das Recht, die Leistung zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit (nach B.G.B. § 232) für sie geleistet wird (clausula rebus sic stantibus B.G.B. § 321).

Nr. 12. γ) Weitere Voraussetzung des Verzuges ist **Mahnung** oder ein der Mahnung gleichstehender Akt nach B.G.B. § 284 Abs. 1 (Erhebung der Klage auf die Leistung, Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren). Ist die Leistung nach dem Kalender bestimmt, so gilt der Satz: dies interpellat pro homine (B.G.B. § 284 Abs. 2). Nach dem Kalender bestimmt ist die Leistung in allen Fällen, wo aus dem Inhalt des Vertrages oder nach Gesetz oder Urtheil sich ein kalendermäßiges Datum für die Leistungspflicht (nicht das Leistungsrecht) entnehmen läßt (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 57). Es genügt also auch Angabe einer Frist, innerhalb deren die Leistung erfolgen soll, da dann die allgemeinen Auslegungsgrundsätze des B.G.B. §§ 186 ff. Platz greifen. Dagegen ist die Leistung nicht nach dem Kalender bestimmt, wenn das Eintreten des Termines dem „ob" oder „wann" nach unbestimmt ist oder wenn die Angabe so allgemein gehalten ist, daß Zweifel besteht, welcher von mehreren Tagen gemeint ist (R.O.H.G. XIV S. 34, vgl. auch oben § 359), hier bedarf es der Mahnung. — Hat der Leistung eine Kündigung („Abruf") vorauszugehen derart, daß die Leistungszeit sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen soll (14 Tage nach Abruf), so kommt der Schuldner mit dem Ablauf der Frist nach der Kündigung ohne Mahnung in Verzug.

Nr. 13. **Mahnung ist die Aufforderung an den anderen Theil, sofort leisten zu wollen.** Der Inhalt der Aufforderung muß in für den Leistungsverpflichteten klar erkennbarer Weise zu Tage treten. Das Wort „Mahnung" braucht nicht gebraucht zu werden, es genügt jede Art der Aufforderung, auch durch konkludente Handlungen, sofern nur unzweideutig ist, daß der Inhalt auf die sofortige Leistung gerichtet ist (Planck zu § 284 Nr. 4a). Das Zusenden der Rechnung oder Faktura ist nicht nothwendige Mahnung, kann es aber in Verbindung mit anderen Umständen sein. Uebersenden der quittirten Rechnung wird regelmäßig Mahnung sein, nicht dagegen ohne Weiteres Uebersenden der Rechnung an landesüblichen Zahlungsterminen (z. B. nach Neujahr). Wo Zug um Zug zu leisten ist, wird in dem Anbieten der Leistung die Aufforderung zur sofortigen Gegenleistung, also Mahnung, liegen.

---

[1]) Die Bestimmung gilt nur für den Fall des Eintrittes nach Abschluß. War der Vermögensverfall bereits vor Abschluß eingetreten, so bleibt dem Vorleistenden, also bei Kreditkauf dem Verkäufer die Anfechtung wegen Betruges (B.G.B. § 123); ob auch die Anfechtung wegen wesentlichen Irrthums über eine Eigenschaft der Person, ist bestritten (vgl. Düringer-Hachenburg II S. 57).

Digitized by Google

Die Mahnung ist **formfreies, einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft,** Nr. 14.
unterfteht somit den Grundsätzen des B.G.B. §§ 131, 132. Sie kann von dem Gläubiger selbst oder dessen Bevollmächtigten ausgehen; im letzteren Falle kann der Schuldner die Vorlage der Vollmachtsurkunde verlangen und andernfalls die Mahnung unverzüglich zurückweisen; die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Schuldner von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hatte (B.G.B. § 174; bezüglich des Prokuristen vgl. jedoch oben bei § 49). — Sie muß dem Leistungsverpflichteten, beziehungsweise dem zum Empfang der Mahnung Bevollmächtigten wirklich zugegangen sein, die Gefahr des Transports trägt der Mahnende. Als bevollmächtigt gilt jedenfalls der Prokurist, ob der Handlungsbevollmächtigte, richtet sich nach Lage des Falls, der Handlungsreisende nicht ohne Weiteres, § 55 Abs. 3 würde nicht die Mahnung umfassen.

Die Mahnung **muß dem Vertrage konform sein,** sich auf das vertragsmäßige Nr. 15.
Leistungsobjekt richten. Geht die Mahnung auf Leistung einer anderen Waare, als die Parteien ausbedungen haben, so ist sie unwirksam. Geht sie nur auf einen Theil des Leistungsobjektes, so wirkt sie hinsichtlich dieses, geht sie auf mehr als ausbedungen war (plus petitio), so kommt es auf die Lage des Falls an, ob sie hinsichtlich des wirklich Geschuldeten wirksam oder unwirksam ist. Das Erstere ist namentlich da der Fall, wo anzunehmen ist, daß auch der auf die geschuldete Leistung beschränkten Mahnung nicht Folge geleistet worden wäre (R.O.H.G. XXI S. 133, R.G.E. IX S. 141), z. B. wenn es sich um einen ganz unbedeutenden Nebenbetrag handelt (R.O.H.G. XVI S. 200, R.G.E. XIV S. 108).

Die Mahnung muß ferner auf Leistung **zur vertragsmäßigen Zeit** gehen, d. h. Nr. 16.
Aufforderung zur Leistung vor dem Fälligkeitstage ist unwirksam (vgl. Busch XVII S. 307). Fordert umgekehrt der Gläubiger Leistung zu einem späteren Zeitpunkt, so offerirt er eigentlich Stundung. Doch würde der Schuldner daraufhin nicht nochmalige Mahnung nach Eintritt des späteren Zeitpunktes begehren können, sondern mit dessen Eintritt ipso jure in Verzug gerathen (Planck zu § 284 Nr. 4f). — Die Mahnung muß endlich auf Leistung **am vertragsmäßigen Ort** gehen. Mahnung zur Leistung an einem anderen Orte (pluris petitio loco) ist unwirksam (R.O.H.G. XXI S. 134). Sie darf auch bedingt erfolgen, vorausgesetzt, daß aus der Erklärung unzweideutig hervorgeht, der Gläubiger wolle die sofortige Leistung.

Nicht nöthig ist, daß die Mahnung das Leistungsobjekt nach Zeit und Ort Nr. 17.
detaillirt, es genügt, daß der Gemahnte ersehen kann, es werde die vertragliche Leistung gefordert. Handelt es sich um den normalen Fall, daß Zug um Zug zu leisten ist, so braucht die Mahnung auch nicht die Erklärung eigener Erfüllungsbereitschaft zu enthalten, es genügt die Aufforderung des Verkäufers an den Käufer, zu zahlen, des Käufers an den Verkäufer, zu liefern. Die Frage, wieweit bei mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Mahnenden der Gemahnte nicht in Verzug geräth, hat mit der Mahnung selbst nichts zu thun (vgl. auch Planck zu § 284 Nr. 4d, Oertmann zu § 284 Nr. 2f).

Die Mahnung ist nicht nothwendig, wenn der Leistungsverpflichtete Nr. 18.
sich endgültig weigert, zu leisten. Damit unterwirft er sich nach der Verkehrsauffassung unter Verzicht auf jede weitere Mahnung den gesetzlichen Folgen (R.G.E. IV S. 71, VII S. 44). Diese unter der Herrschaft des früheren Rechts aufgestellten Sätze werden auch angesichts des B.G.B. zu gelten haben. Dabei genügt es, wenn die Weigerung vor der Fälligkeit der Leistung erklärt war, sofern nur das Beharren bei der Weigerung zur Zeit der Fälligkeit noch anzunehmen ist (Düringer-Hachenburg II S. 128).

δ) Endlich ist Voraussetzung des Verzuges, **daß die Leistung unterbleibt in** Nr. 19.
Folge eines von dem Leistungsverpflichteten zu vertretenden Umstandes. Die Leistung muß zunächst unterbleiben. Zahlt der Käufer, so geräth er nicht in Verzug, auch wenn er unter Protest oder Vorbehalt zahlt (Bolze XIII Nr. 436) und liefert der Verkäufer zu rechter Zeit die zu liefernde Waare, wenngleich nicht mangelfrei, so liegt kein Verzug vor (R.G.E. VI S. 190, Bolze XIV Nr. 449g, XVI Nr. 431, XIX Nr. 574, O.L.G. Hamburg in Z. XLIII S. 375); anders, wenn er ein aliud liefert (darüber oben Nr. 8 und bei § 378). Daß die Lieferung, beziehungsweise Zahlung augenblicklich nach der Mahnung erfolgt, ist nicht gerade nothwendig. Eine gewisse mäßige Frist ist dem Schuldner zu gewähren, die sich nach Lage des Falls bemißt. Erfolgt sie innerhalb dieser Frist nicht, so wird der Verzug freilich auf

Digitized by Google

verweigert, so bedarf es keiner Uebersendung durch den Verkäufer, die Verbalofferte, verbunden mit thatsächlicher Erfüllungsbereitschaft, genügt (B.G.B. § 295).

Aus dem Gesagten ergiebt sich für den Distanzkauf, daß Verkäufer die Absendung der Waare nicht aus dem Grunde verweigern kann, weil ihm die Erfüllungsbereitschaft des Käufers nicht nachgewiesen ist; der Käufer braucht zur Zahlung bereit und im Stande zu sein erst im Moment, wo die Waare am Destinationsorte zur Abnahme eingetroffen ist (R.O.H.G. VII S. 388, XIII S. 170). Dem Distanzkauf wird man übrigens den Platzkauf dann gleichzustellen haben, wenn der Verkäufer innerhalb derselben Ortschaft die Waare dem Käufer auf Bestellung überschickt (Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 36).

Nr. 11. 3. Die Parteien können die Verpflichtung eines Theiles zur **Vorleistung** vereinbaren (Pränumerationskauf, wenn Käufer, Kreditkauf, wenn Verkäufer vorzuleisten hat). Ersterenfalls (Klausel „Kassa bei Empfang der Faktura", Riesenfeld Nr. 274) wird die Leistung des Verkäufers erst nach erfolgter Leistung des Käufers, letzterenfalls die Leistung des Käufers erst nach erfolgter Leistung des Verkäufers fällig. Der erfolgten Leistung steht die Herbeiführung des Annahmeverzuges gleich (B.G.B. § 322 Abs. 2). Umgekehrt wird die Leistung des zur Vorleistung Verpflichteten ohne Rücksicht auf die Bereitschaft oder Fähigkeit des anderen Theiles zur Leistung fällig. Tritt freilich nach Abschluß[1]) des Kaufvertrages in den Verhältnissen des zur Nachleistung Berechtigten (also bei Pränumerationskauf des Verkäufers, bei Kreditkauf des Käufers) eine wesentliche Verschlechterung ein, die den Anspruch des Vorleistenden auf die Gegenleistung gefährdet (es braucht nicht gerade völlige Insolvenz zu sein oder Zahlungseinstellung vorzuliegen), so hat der Vorleistende das Recht, die Leistung zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit (nach B.G.B. § 232) für sie geleistet wird (clausula rebus sic stantibus B.G.B. § 321).

Nr. 12. γ) Weitere Voraussetzung des Verzuges ist **Mahnung** oder ein der Mahnung gleichstehender Akt nach B.G.B. § 284 Abs. 1 (Erhebung der Klage auf die Leistung, Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren). Ist die Leistung nach dem Kalender bestimmt, so gilt der Satz: dies interpellat pro homine (B.G.B. § 284 Abs. 2). Nach dem Kalender bestimmt ist die Leistung in allen Fällen, wo aus dem Inhalt des Vertrages oder nach Gesetz oder Urtheil sich ein kalendermäßiges Datum für die Leistungspflicht (nicht das Leistungsrecht) entnehmen läßt (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 57). Es genügt also auch Angabe einer Frist, innerhalb deren die Leistung erfolgen soll, da dann die allgemeinen Auslegungsgrundsätze des B.G.B. §§ 186 ff. Platz greifen. Dagegen ist die Leistung nicht nach dem Kalender bestimmt, wenn das Eintreten des Termines dem „ob" oder „wann" nach unbestimmt ist oder wenn die Angabe so allgemein gehalten ist, daß Zweifel besteht, welcher von mehreren Tagen gemeint ist (R.O.H.G. XIV S. 34, vgl. auch oben § 359), hier bedarf es der Mahnung. — Hat der Leistung eine Kündigung („Abruf") vorauszugehen derart, daß die Leistungszeit sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen soll (14 Tage nach Abruf), so kommt der Schuldner mit dem Ablauf der Frist nach der Kündigung ohne Mahnung in Verzug.

Nr. 13. **Mahnung ist die Aufforderung an den anderen Theil, sofort leisten zu wollen.** Der Inhalt der Aufforderung muß in für den Leistungsverpflichteten klar erkennbarer Weise zu Tage treten. Das Wort „Mahnung" braucht nicht gebraucht zu werden, es genügt jede Art der Aufforderung, auch durch konkludente Handlungen, sofern nur unzweideutig ist, daß der Inhalt auf die sofortige Leistung gerichtet ist (Planck zu § 284 Nr. 4a). Das Zusenden der Rechnung oder Faktura ist nicht nothwendige Mahnung, kann es aber in Verbindung mit anderen Umständen sein. Uebersenden der quittirten Rechnung wird regelmäßig Mahnung sein, nicht dagegen ohne Weiteres Uebersenden der Rechnung an landesüblichen Zahlungsterminen (z. B. nach Neujahr). Wo Zug um Zug zu leisten ist, wird in dem Anbieten der Leistung die Aufforderung zur sofortigen Gegenleistung, also Mahnung, liegen.

---

[1]) Die Bestimmung gilt nur für den Fall des Eintrittes nach Abschluß. War der Vermögensverfall bereits vor Abschluß eingetreten, so bleibt dem Vorleistenden, also bei Kreditkauf dem Verkäufer die Anfechtung wegen Betruges (B.G.B. § 123); ob auch die Anfechtung wegen wesentlichen Irrthums über eine Eigenschaft der Person, ist bestritten (vgl. Düringer-Hachenburg II S. 57).

Digitized by Google

Die Mahnung ist **formfreies, einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft,** untersteht somit den Grundsätzen des B.G.B. §§ 131, 132. Sie kann von dem Gläubiger selbst oder dessen Bevollmächtigten ausgehen; im letzteren Falle kann der Schuldner die Vorlage der Vollmachtsurkunde verlangen und andernfalls die Mahnung unverzüglich zurückweisen; die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Schuldner von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hatte (B.G.B. § 174; bezüglich des Prokuristen vgl. jedoch oben bei § 49). — Sie muß dem Leistungsverpflichteten, beziehungsweise dem zum Empfang der Mahnung Bevollmächtigten wirklich zugegangen sein, die Gefahr des Transports trägt der Mahnende. Als bevollmächtigt gilt jedenfalls der Prokurist, ob der Handlungsbevollmächtigte, richtet sich nach Lage des Falls, der Handlungsreisende nicht ohne Weiteres, § 55 Abs. 3 würde nicht die Mahnung umfassen. Nr. 14.

Die Mahnung **muß dem Vertrage konform sein,** sich auf das vertragsmäßige Leistungsobjekt richten. Geht die Mahnung auf Leistung einer anderen Waare, als die Parteien ausbedungen haben, so ist sie unwirksam. Geht sie nur auf einen Theil des Leistungsobjektes, so wirkt sie hinsichtlich dieses, geht sie auf mehr als ausbedungen war (plus petitio), so kommt es auf die Lage des Falls an, ob sie hinsichtlich des wirklich Geschuldeten wirksam oder unwirksam ist. Das Erstere ist namentlich da der Fall, wo anzunehmen ist, daß auch der auf die geschuldete Leistung beschränkten Mahnung nicht Folge geleistet worden wäre (R.O.H.G. XXI S. 133, R.G.E. IX S. 141), z. B. wenn es sich um einen ganz unbedeutenden Nebenbetrag handelt (R.O.H.G. XVI S. 200, R.G.E. XIV S. 108). Nr. 15.

Die Mahnung muß ferner auf Leistung **zur vertragsmäßigen Zeit** gehen, d. h. Aufforderung zur Leistung vor dem Fälligkeitstage ist unwirksam (vgl. Busch XVII S. 307). Fordert umgekehrt der Gläubiger Leistung zu einem späteren Zeitpunkt, so offerirt er eigentlich Stundung. Doch würde der Schuldner daraufhin nicht nochmalige Mahnung nach Eintritt des späteren Zeitpunktes begehren können, sondern mit dessen Eintritt ipso jure in Verzug gerathen (Planck zu § 284 Nr. 4f). — Die Mahnung muß endlich auf Leistung **am vertragsmäßigen Ort** gehen. Mahnung zur Leistung an einem anderen Orte (pluris petitio loco) ist unwirksam (R.O.H.G. XXI S. 134). Sie darf auch bedingt erfolgen, vorausgesetzt, daß aus der Erklärung unzweideutig hervorgeht, der Gläubiger wolle die sofortige Leistung. Nr. 16.

Nicht nöthig ist, daß die Mahnung das Leistungsobjekt nach Zeit und Ort detaillirt, es genügt, daß der Gemahnte ersehen kann, es werde die vertragliche Leistung gefordert. Handelt es sich um den normalen Fall, daß Zug um Zug zu leisten ist, so braucht die Mahnung auch nicht die Erklärung eigener Erfüllungsbereitschaft zu enthalten, es genügt die Aufforderung des Verkäufers an den Käufer, zu zahlen, des Käufers an den Verkäufer, zu liefern. Die Frage, wieweit bei mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Mahnenden der Gemahnte nicht in Verzug geräth, hat mit der Mahnung selbst nichts zu thun (vgl. auch Planck zu § 284 Nr. 4d, Oertmann zu § 284 Nr. 2f). Nr. 17.

Die Mahnung ist nicht nothwendig, wenn der Leistungsverpflichtete sich endgültig weigert, zu leisten. Damit unterwirft er sich nach der Verkehrsauffassung unter Verzicht auf jede weitere Mahnung den gesetzlichen Folgen (R.G.E. IV S. 71, VII S. 44). Diese unter der Herrschaft des früheren Rechts aufgestellten Sätze werden auch angesichts des B.G.B. zu gelten haben. Dabei genügt es, wenn die Weigerung vor der Fälligkeit der Leistung erklärt war, sofern nur das Beharren bei der Weigerung zur Zeit der Fälligkeit noch anzunehmen ist (Düringer-Hachenburg II S. 128). Nr. 18.

δ) Endlich ist Voraussetzung des Verzuges, **daß die Leistung unterbleibt in Folge eines von dem Leistungsverpflichteten zu vertretenden Umstandes.** Die Leistung muß zunächst unterbleiben. Zahlt der Käufer, so geräth er nicht in Verzug, auch wenn er unter Protest oder Vorbehalt zahlt (Bolze XIII Nr. 436) und liefert der Verkäufer zu rechter Zeit die zu liefernde Waare, wenngleich nicht mangelfrei, so liegt kein Verzug vor (R.G.E. VI S. 190, Bolze XIV Nr. 449g, XVI Nr. 431, XIX Nr. 574, O.L.G. Hamburg in Z. XLIII S. 375); anders, wenn er ein aliud liefert (darüber oben Nr. 8 und bei § 378). Daß die Lieferung, beziehungsweise Zahlung augenblicklich nach der Mahnung erfolgt, ist nicht gerade nothwendig. Eine gewisse mäßige Frist ist dem Schuldner zu gewähren, die sich nach Lage des Falls bemißt. Erfolgt sie innerhalb dieser Frist nicht, so wird der Verzug freilich auf Nr. 19.

Digitized by Google

den Zeitpunkt der Mahnung zurückzudatiren sein. — Die Leistung kann ganz oder zum Theil unterbleiben. So wenig der Schuldner im Zweifel zu Theilleistungen berechtigt ist, so wenig befreit ihn der Umstand, daß der Gläubiger die Theilleistung annimmt, vom Verzug hinsichtlich des Restes der Leistung. Das Letztere ist insbesondere praktisch bei Successivlieferungen, worüber das Nähere unten Nr. 69.

Nr. 20. Die Leistung muß unterbleiben in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes. Unterbleibt sie in Folge kasueller Unmöglichkeit, so wird der Schuldner frei (B.G.B. § 275), wobei jedoch zu beachten ist, daß nach B.G.B. § 279 bei Gattungsschulden der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein subjektives Unvermögen zur Leistung schlechthin zu vertreten hat, also der Käufer sich nicht darauf berufen kann, daß er in unverschuldete Zahlungsunfähigkeit gerathen ist, der Verkäufer generisch bestimmter Sachen nicht zufällige Ereignisse, die lediglich ihm die Produktion der Waare unmöglich machen, aber nicht die Beschaffung von anderer Seite ausschließen, für sich verwerthen kann. Unter den Fall der objektiven Unmöglichkeit bei Gattungskauf gehören aber auch die Fälle, in denen die Leistung der Gattung zwar an sich möglich ist, aber mit so großen Schwierigkeiten verbunden ist, daß nach der Verkehrsauffassung dies der Unmöglichkeit gleichzuachten ist (Planck zu § 279 Nr. 1). Aus der Praxis: Ungarischer Raps der 1870er Ernte konnte in Folge des durch den deutsch-französischen Krieges unterbrochenen Frachtverkehrs nicht geliefert werden (R.O.H.G. VII S. 387, vgl. R.O.H.G. X S. 293, IX S. 1); Abbrennen der Fabrik objektive Unmöglichkeit nur dann, wenn die Waarensorten nur in der betreffenden Fabrik angefertigt werden mußten (R.O.H.G. IX S. 336), anders, wenn dies nicht Bedingung des Vertrages war (vgl. Düringer-Hachenburg II S. 92). Aehnlich Inbrandgerathen der Zeche (R.G.E. XXVIII S. 222). Strenge des Winters hindert Ausnutzung der Wasserkraft einer Spinnerei (R.O.H.G. IX S. 123).

Nr. 21. Ist die Leistung zwar noch möglich, aber temporär gehindert, so tritt Verzug nicht ein, falls der Schuldner die temporäre Behinderung nicht zu vertreten hat. Ist z. B. die rechtzeitige Lieferung durch den unerwarteten Andrang von Gütern auf der Bahn verzögert (R.O.H.G. X S. 20, XI S. 240), so daß es dem Schulder nicht möglich war, die für den Transport erforderlichen Waggons zu beschaffen — so geräth er nicht in Verzug. Anders, wenn er diese Dinge hätte voraussehen können oder wenn er bei sorgfältiger Bemühung noch Waggons erhalten hätte. Vgl. auch R.G.E. XXVIII S. 222 (Arbeiterausstand), Bolze XXII Nr. 459. Sobald die temporäre Verhinderung aber gehoben ist, ist die Möglichkeit zum Verzug wieder gegeben, es war nur Aufschub der Erfüllung für die Dauer des Hindernisses vorhanden (R.O.H.G. V S. 402, X S. 295, B.G.B. § 285 „solange die Leistung unterbleibt"). Anders, wenn es sich um ein Fixgeschäft handelt oder wenn die Verhinderung so geraume Zeit angehalten hat, daß die nachträgliche Erfüllung mit der muthmaßlichen Absicht der Parteien nicht in Einklang steht (R.O.H.G. X S. 295). Es bedarf auch nicht erneuter Mahnung, um nach Behebung der temporären Verbindlichkeit den Schuldner in Verzug zu setzen, die früher vorgenommene Mahnung wirkt nach (vgl. Bolze XX Nr. 508, anders Bolze XXII Nr. 459).

Nr. 22. Im Uebrigen entscheiden über die vom Schuldner zu vertretenden Umstände die allgemeinen Grundsätze. Jedenfalls haben beide Theile (Käufer und Verkäufer) Vorsatz und Fahrlässigkeit ihrer selbst, ihrer gesetzlichen Vertreter und derjenigen Personen, deren sie sich zur Erfüllung bedienen, zu vertreten, soweit nicht der Vertrag zulässiger Weise ein Anderes bestimmt (B.G.B. § 276). Von Bedeutung wird die Frage besonders dann, wenn die Leistung theilweise unterbleibt, weil der Schuldner Grund zur Annahme zu haben glaubte, daß der Gläubiger damit einverstanden sei, z. B. es zieht der Käufer bei Uebersendung der Kaufsumme vom Kaufpreis etwas ab (Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 8, vgl. auch die freilich bedenkliche Erscheinung bei Busch IX 372 ff.). Oder der Schuldner ist über den Umfang seiner Schuld unverschuldet in Unklarheit (R.O.H.G. XX S. 335, 336, Seuffert XX Nr. 113), er meint unverschuldet, er sei von der Schuld befreit (Seuffert XII Nr. 134), er bezweifelt in gutem Glauben Behauptungen des Gläubigers (R.O.H.G. XV 370 ff.). Bloßer Rechtsirrthum würde nichts nützen (Bolze XXI Nr. 487).

Nr. 23. Unterläßt der eine Theil die Leistung, weil der andere Theil in Verzug gerathen ist, so geräth er nicht in Verzug (B.G.B. §§ 326, 273 vgl. R.O.H.G. XII S. 63, Bolze XVII Nr. 463).

Digitized by Google

Ist zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers Nr. 24.
nothwendig, insbesondere hat der Verkäufer die Waare abzuholen, so geräth der Schuldner trotz der Mahnung solange nicht in Verzug, als der Gläubiger die Handlung nicht vornimmt — vorausgesetzt, daß der Schuldner nicht definitiv die Leistung verweigert. Letzterenfalls kann es dem Gläubiger nicht zugemuthet werden, sich der Mühe, die Handlung vorzunehmen, zu unterziehen, es bedarf hier sogar nicht einmal der Mahnung.

Endlich geräth der Schuldner solange nicht in Verzug, als er die Erfüllung aus Nr. 25.
einem besonderen Grunde verweigern kann, z. B. wegen eines Zurückbehaltungsrechtes oder weil der Gläubiger ihm nicht Quittung ertheilt (B.G.B. § 368). Der Erbe des Schuldners geräth trotz Fälligkeit der Schuld des Erblassers für die in B.G.B. §§ 2014, 2015 bestimmte Frist nicht in Verzug, ja selbst der eingetretene Verzug des Erblassers kann so lange nicht gegen ihn geltend gemacht werden (Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 138).

ε) **Beweis des Verzuges.** Der Gläubiger hat zu beweisen die Fälligkeit der Nr. 26.
Leistung sowie die erfolgte Mahnung. Bei kalendermäßig bestimmter Leistung braucht er nur zu beweisen, daß der entsprechende Zeitpunkt eingetreten ist. Dagegen liegt ihm nicht der Beweis ob, daß die Leistung nicht erfolgt ist. Vielmehr hat umgekehrt der Schuldner die erfolgte Leistung oder doch deren Angebot zu beweisen (vgl. oben S. 4 Nr. 8). Handelt es sich um den normalen Fall des Kaufes „Zug um Zug", so hat der Verkäufer, um den Verzug des Käufers darzulegen, nachzuweisen, daß er außer der Mahnung den Käufer in die Möglichkeit versetzt habe, die Waare abzunehmen — der Käufer, um den Verzug des Verkäufers darzulegen — daß er bereit und im Stande war, den Preis zu zahlen. — Bei Pränumerationskauf braucht der Verkäufer nur Fälligkeit und Mahnung, beziehungsweise Eintritt des Termines zu beweisen, hier hat ja Käufer vorzuleisten. Stützt sich Käufer auf B.G.B. § 321, so hat er die eingetretene wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Verkäufers nachzuweisen, umgekehrt liegt dann dem Verkäufer der Gegenbeweis ob, daß er geliefert oder Sicherheit geleistet habe. Aehnlich steht es hinsichtlich des im B.G.B. § 368 behandelten Falles der Quittung. Käufer hat hier nachzuweisen, daß er die Zahlung angeboten, Verkäufer, daß er Quittung geleistet habe (Planck zu § 284 Nr. 8). — Bei Kreditkauf braucht der Käufer nur Fälligkeit und — soweit diese nöthig ist — Mahnung nachzuweisen. Der Verkäufer, der sich auf B.G.B. § 321 stützt, hat die beim Käufer eingetretene wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen nachzuweisen, wogegen Käufer Zahlung oder Sicherheitsleistung nachweisen kann. — Ist eine Handlung des Gläubigers zur Bewirkung der Leistung nothwendig gewesen, so hat der Gläubiger deren Vornahme nachzuweisen.

Dem Schuldner liegt der Nachweis ob, daß die Leistung durch einen Umstand Nr. 27.
unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat (B.G.B. §§ 285, 282, vgl. auch R.G.E. XXV S. 114, oben § 347 Nr. 9).

c) **Folgen des Verzuges.** Im Falle des Leistungsverzuges hat der andere Nr. 28.
Theil das Wahlrecht zwischen Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung einerseits — und Ablehnung der Leistungsannahme mit gewissen, nachher zu besprechenden Rechtsfolgen andererseits. Der Verkäufer kann also wählen, ob er Zahlung des Kaufpreises und Schadensersatz wegen verspäteter Zahlung begehren — oder ob er die Annahme der Zahlung ablehnen will. Der Käufer kann wählen, ob er die Eigenthumsübertragung und Uebergabe des Kaufobjektes und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung begehren oder ob er die Annahme des Kaufobjektes ablehnen will. Der nichtsäumige Theil wird die erstere Alternative wählen, wenn der Kauf für ihn vortheilhaft ist und er der Meinung ist, es werde bald realisirt werden (v. Hahn zu Art. 354 § 3). — Selbstverständlich greift das allgemeine Zurückbehaltungsrecht aus B.G.B. § 320 daneben Platz, auf das nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

Dabei ist die Rechtslage nicht etwa entsprechend der alternativen Obligation so, daß erst durch die Wahl entschieden wird, welches Recht erworben werden soll — und ebensowenig kann der säumige Theil dem wahlberechtigten Theil eine Frist setzen zur Erklärung, ob er dieses oder jenes Recht ausüben wolle (wie etwa bei der Wandlung). Vielmehr gilt als unmittelbare gesetzliche Folge des Verzuges, daß der andere Theil Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung begehren darf. Will er diese Folge, so bedarf es keiner Erklärung von seiner Seite (R.O.H.G. III S. 289, IX S. 118, V S. 172; O.L.G. Hamburg in

Digitized by Google

Z. XL S. 519, R.G.E. XV S. 68). Daneben hat er aber das weitere Recht, statt des Begehrs der Erfüllung unter gewissen Voraussetzungen die Annahme der Leistung abzulehnen. Will er dieses Recht ausüben, dann bedarf es bestimmter Erklärungen von seiner Seite. Es liegt also eine Art facultas alternativa auf Seiten des Gläubigers vor. Demgemäß sind nacheinander zu besprechen

AA. die unmittelbar gesetzlich eintretende Folge des Verzuges,
BB. die Ausübung des Rechts zur Ablehnung der Leistungsannahme,
CC. die Folgen der Ablehnung der Leistungsannahme.

Nr. 29. AA. **Unmittelbar gesetzlich eintretende Folge des Verzuges** ist, daß der andere Theil Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen kann (B.G.B. § 286 Abs. 1). Ist also Käufer in Verzug, so kann Verkäufer Abnahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises sowie der Verzugszinsen begehren (B.G.B. § 288, H.G.B. § 352) sowie den sonstigen Schaden geltend machen, den ihm der Verzug verursacht, z. B. Ersatz der ihm dadurch erwachsenen besonderen Kosten der Aufbewahrung, Ersatz der ihm durch Ausbleiben der Zahlung nothwendig gewordenen Auslagen für Beschaffung von Geldmitteln, um seinen Vormann zu befriedigen (wichtig bei steigendem Zinsfuß). Ist eine Vertragsstrafe für den Fall der Verspätung versprochen, so kann er auch diese verlangen. Er kann diese Ansprüche zusammen oder getrennt geltend machen. Nimmt er freilich die nachträgliche Zahlung des Kaufpreises entgegen, ohne einen Vorbehalt hinsichtlich der Vertragsstrafe zu machen, so liegt darin ein Verzicht auf die Vertragsstrafe (B.G.B. § 341 Abs. 3). Daß in der vorbehaltlosen Annahme auch ein Verzicht auf sonstige Schadensersatzansprüche liegt, läßt sich nicht mit gleicher Allgemeinheit behaupten (vgl. R.G.E. XLIII S. 268), doch können die Umstände dies ergeben. — Ist Verkäufer in Verzug, so kann Käufer Lieferung der Waare und Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung begehren. Für die Höhe des Schadensersatzes wird bei markt- und börsengängigen Waaren vor Allem die dem Käufer ungünstige Preisdifferenz zwischen Tag des Verzuges und Tag der nachherigen Lieferung maßgebend sein (abstrakte Schadensberechnung). Denn wenn vertragsmäßig geliefert wäre, hätte der Käufer den höheren Werth in seinem Vermögen gehabt (R.O.H.G. XXIV S. 155, 156, 330, R.G.E. IV S. 6, XIV S. 112, Bolze XVIII Nr. 466), freilich wird man dem Verkäufer dann den schwierigen Gegenbeweis gestatten müssen, daß Käufer die Waare nicht abgegeben, sondern auf Lager behalten hätte, also in die ungünstige Lage auch ohnedies gerathen wäre (Schollmeyer zu § 286 Nr. 1). Doch kann der Schaden des Käufers erweislich ein höherer sein, sei es, daß ihm positiver Schaden durch die Verspätung erwachsen ist (z. B. er ist seinem Nachmann gegenüber zur Zahlung einer Konventionalstrafe verpflichtet[1]) oder er hat, um Verpflichtungen zu erfüllen, Waare besserer Qualität zu höherem Preise abgeben müssen, Bolze X Nr. 483), sei es, daß ihm Gewinn entgangen ist, z. B. in der Zeit zwischen Verzug und nachheriger Lieferung hätte er die Waare an einem gewissen Zeitpunkt zu besonders günstigem Preise losschlagen können (O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 520). Umgekehrt kann der Schaden ausnahmsweise ein geringerer sein, er hat sich z. B. durch Kauf anderer Waare gedeckt. Nach solchem Deckungskauf sich umzusehen, ist aber der Käufer nicht verpflichtet, während er ihn, wenn sich ihm ein Angebot einstellt, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß B.G.B. § 254 nicht wird ablehnen können. Er darf umgekehrt auch nicht den Deckungskauf zu Grunde legen, wenn er mehr verlangt, als ihm nach der abstrakten Schadensberechnung zukommen würde, denn er will ja nur Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, nicht wegen Nichterfüllung (R.G.E. XIV S. 112, Bolze XVIII Nr. 466).

Nr. 30. Nimmt der Käufer die Lieferung nachträglich vorbehaltlos an, so wird ein Verzicht auf den Schadensersatzanspruch wegen Verspätung jedenfalls dann vorliegen, wenn er auch den Kaufpreis vorbehaltlos zahlt (R.O.H.G. III S. 274). Im übrigen kommt es auf die Lage des Falls an. Generell in der vorbehaltlosen Annahme nachträglicher Lieferung einen solchen Verzicht zu erblicken, geht nicht ohne Weiteres an (vgl. Busch XV S. 195, R.G.E. I S. 21, O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 519, 520). Auch aus B.G.B. § 341 Abs. 3, wo dem Gläubiger das Recht auf die Konventionalstrafe diesenfalls nur bei ausdrücklichem Vorbehalt gewahrt bleibt, läßt sich solch' Schluß nicht

[1]) Solchenfalls hat er jedoch den Verkäufer vorher auf diese Möglichkeit nach B.G.B. § 254 Abs. 2 aufmerksam zu machen.

Digitized by Google

ziehen. Denn die Konventionalstrafe stellt ja nur den Mindestbetrag des Interesses dar, der Anspruch auf Schadensersatz erlischt also nicht logisch mit dem auf die Konventionalstrafe.

Der Leistungsort für diese Ansprüche bleibt grundsätzlich der alte (R.O.H.G. VIII S. 84). Doch kann es als Theil des in Folge des Verzugs dem Gläubiger zustehenden Interesses erscheinen, daß nunmehr der Schuldner die geschuldete Waare, beziehungsweise das geschuldete Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger zu senden hat, z. B. wenn dem Käufer der Wechsel am Fälligkeitstage erfolglos präsentirt ist (vgl. oben S. 58). Ueber die sonstigen Folgen des Verzuges normirt das bürgerliche Recht. Nr. 31.

BB. **Ablehnung der Leistungsannahme.** Statt der unmittelbar gesetzlich eintretenden Folge kann der Gläubiger Ablehnung der Leistungsannahme wählen. Dies wird er dann thun, wenn der Vertrag für ihn nicht günstig ist oder er geringe Aussicht auf dessen Realisirung hat (v. Hahn zu Art. 354 § 3). Er hat dieses Recht so lange, als er sich nicht endgültig dahin entschieden hat, Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu begehren. Solche endgültige Entscheidung liegt aber noch nicht darin, daß er den säumigen Theil einmal oder wiederholt aufforbert, zu erfüllen. Das ergiebt sich einfach daraus, daß er nach B.G.B. § 326 selbst dann, wenn er Ablehnung wählt, nochmals zur Bewirkung der Leistung auffordern muß (vgl. R.O.H.G. VII S. 389, VIII S. 82, IX S. 128, 323, XI S. 169, XIII S. 434; Bolze II Nr. 1018). Auch die Drohung, den säumigen Schuldner auf Erfüllung zu verklagen, ja selbst die Erhebung der Klage auf Erfüllung ist noch keine endgültige Erklärung, daß er bei der unmittelbar gesetzlich eintretenden Folge bleiben wolle, er kann die Klage wieder zurücknehmen (R.G.E. XV S. 68, Bolze XIX Nr. 572, II Nr. 1023, XI Nr. 409). Dies muß nach dem neuen Recht um so mehr gelten, als selbst nach Erlaß des rechtskräftigen Urtheils auf Erfüllung der Gläubiger, falls der Schuldner die Leistung binnen der ihm vom Gläubiger gesetzten angemessenen Frist nicht bewirkt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten kann (B.G.B. § 325 Abs. 2, § 283). Selbstverständlich kann der Gläubiger von vornherein erklären, er wolle nur Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, verzichte also auf die sonst ihm zustehenden Rechte. Doch wird er diesenfalls, falls die Erfüllung später durch Schuld des Beklagten vereitelt wird, den Anspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung wieder erlangen (R.G.E. I S. 64). Endlich ist klar, daß er durch Annahme der Leistung das Recht, vom Vertrage abzugehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren, verliert. Nr. 32.

Will der Gläubiger von dem Recht, Ablehnung der Leistungsannahme zu wählen, Gebrauch machen, so hat er dem in Verzug befindlichen Schuldner zunächst zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Nachfrist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne (B.G.B. § 326 Abs. 1 Satz 2). Diese Fristbestimmung ist wesentliche Voraussetzung, ohne sie kann er weder zurücktreten (es sei denn, daß Rücktritt von vornherein bei Nichtleistung vorbehalten ist), noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Mit der Fristbestimmung andererseits hat er im Zweifel noch nicht endgültig den Anspruch auf Festhaltung am Vertrage aufgegeben. Denn wie bei innerhalb der Nachfrist erfolgender purgatio morae durch den Schuldner der Gläubiger gezwungen wird, die Leistung anzunehmen, so kann der Gläubiger während der Nachfrist seine Androhung, er werde die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehnen, wieder zurückziehen. Hinsichtlich der Fristbestimmung gilt im Einzelnen: Nr. 33.

α) Die Fristbestimmung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges[1]) Rechtsgeschäft, das grundsätzlich den Bestimmungen des B.G.B. §§ 130 ff. untersteht. Es hat hier nicht, wie im Falle des § 377 der Gläubiger die Gefahr des Transportes zu tragen. Hat der Gläubiger also die Anzeige auch mit dem nach den Verhältnissen des Falles angemessenen Kommunikationsmittel abgesandt, so trifft doch ihn, nicht den säumigen Schuldner, der Schade, wenn die Anzeige nicht oder zu spät eintrifft (anders für das ältere Recht, R.O.H.G. VIII S. 80). Eine Form für die Anzeige ist nicht vorgeschrieben, sie kann mündlich oder schriftlich erfolgen, auch in Gestalt der Klage oder Widerklage. Die Klage geht dann auf Erfüllung und falls in angemessener Frist nicht erfüllt wird, auf Schadensersatz oder Rückgängigmachung des Kaufvertrages. Der Richter hat die Frist im Urtheile zu bestimmen (C.P.O. § 255). Die einfache Nr. 34.

[1]) Darüber, ob sie auch dem Reisenden gegenüber erfolgen kann, bei § 55 Nr. 4.

Digitized by Google

Klage auf Erfüllung würde dagegen nicht genügen, weil ihr die Erklärung, daß der Kläger, falls nicht binnen angemessener Frist erfüllt werde, die Leistung ablehne, ermangelt. Die auf anderem Recht beruhenden Entscheidungen der älteren Praxis sind nur mit Vorsicht anzuwenden.

Nr. 35. β) Diese Anzeige hat ein Doppeltes zu enthalten: die Setzung einer angemessenen Frist und die Erklärung, daß der Gläubiger die Annahme der Leistung mit dem Ablaufe der Frist ablehne.

1. **Setzung einer angemessenen Frist.** Im Gegensatz zum älteren Recht muß die Fristsetzung in der Anzeige enthalten sein. Es genügt somit nicht, daß der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur purgatio morae thatsächlich beläßt, vielmehr bedarf es der positiven Handlung der Fristsetzung (a. A. Dernburg, b. R. II § 98 S. 214, und theilweise auch Düringer-Hachenburg II S. 144, 145). Und zwar ist der Gläubiger von Gesetzes wegen zur Fristsetzung verpflichtet, eines Nachsuchens des säumigen Schuldners bedarf es nicht (a. A. für das ältere Recht R.O.H.G. VIII S. 125, IX S. 126, XII S. 62, R.G.E. 1 S. 241, V S. 104). Unterbleibt die Fristsetzung, so ist die Anzeige unförmlich und vermag Rechtswirkungen nicht zu erzeugen, auch wenn der Gläubiger thatsächlich so lange wartet, daß der Schuldner gut moram purgiren konnte. — Die gesetzte Frist muß ferner eine angemessene sein. Welche Frist eine angemessene ist, bemißt sich nach Lage des Falles (R.O.H.G. XIII S. 193). Festzuhalten ist, daß nach dem Zweck der Fristgewährung die Nachfrist nicht so groß zu sein braucht, wie die volle Erfüllungsfrist (R.O.H.G. VII S. 392, VIII S. 81), das würde den Nichtsäumigen ungerechtfertigt schädigen (R.O.H.G. VIII S. 125). Vielmehr genügt die Setzung eines mäßigen Zeitraums (modicum spatium) behufs Beseitigung etwaiger Unterlassungen oder Hindernisse. Auch ist in Betracht zu ziehen, daß der Nichtsäumige Umstände, die ihm nicht bekannt waren und nicht bekannt sein mußten, nicht in Betracht zu ziehen braucht (R.O.H.G. VIII S. 127, Bolze VII Nr. 582). Diesen Nachtheil hat der Säumige zu tragen; will er ihn vermeiden, so muß er dem Nichtsäumigen Klarheit über die Sachlage verschaffen. — Daß die Frist bis in die Einzelheiten genau spezifizirt wird, ist nicht nothwendig, es würde dies auf einen öden Formalismus hinauslaufen. Nur muß überhaupt sich daraus die Angemessenheit des spatium erkennen lassen. Allgemeine Angaben, wie „baldigst", „in kürzester Frist", „schleunigst" werden nur selten genügen; doch wäre es zu weit gehend, wenn man sie für schlechtweg ungenügend erklärte. Man denke an den Fall, daß ein Gast im Restaurant Speisen bestellt; die allgemeine Erklärung: „ich setze eine angemessene Frist" würde freilich nicht genügen (Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 77). Ist die Frist kürzer als angemessen, so ist die Fristsetzung ohne Wirkung (a. A. Cosack, Lehrb. des bürgerl. Rechts I § 123, der annimmt, daß die Erklärung des Gläubigers diejenige Nachfrist in Lauf setzt, welche thatsächlich nach der ganzen Sachlage angemessen erscheint, ebenso Dernburg b. R. S. 214, Düringer-Hachenburg II S. 146), es sei denn, daß der Säumige sie acceptirt,[1]) ausdrücklich oder stillschweigend.

Nr. 36. 2. **Ablehnungsandrohung.** Der Gläubiger muß androhen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehnen werde. Für die Androhung genügt jede Erklärung, die deutlich ersehen läßt, daß er definitiv die Festhaltung am Vertrage abweisen wird. Bloßer Vorbehalt, von der Ablehnungsbefugniß Gebrauch zu machen, genügt nicht (R.O.H.G. XIII S. 98). Als deutliche Erklärung, daß er ablehnen werde, erscheint es jedenfalls, wenn er erklärt, er werde bei nicht erfolgender purgatio morae Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder er werde zurücktreten, oder das Eine oder Andere thun, ja es schadet sogar nichts, wenn er erklärt, er werde das Eine und Andere thun; darin liegt jedenfalls eine genügende Ablehnungsandrohung, wenngleich die Häufung beider Rechte von ihm nicht in Anspruch genommen werden kann (Staub a. a. O. Anm. 98). Indem er auf seinen Entschluß hinweist, von den ihm dann gesetzlich zustehenden Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen, giebt er seinen Willen, abzulehnen, deutlich zu erkennen. Ebenso genügt es, wenn er eine bestimmte Form angiebt, in der er von ihm zustehenden Rechtsbehelfen Gebrauch machen

[1]) Solch' Accept liegt aber nicht stets im Schweigen, wie Staub a. a. O. Anm. 79 annimmt; denn Treu und Glauben verlangt nicht von ihm stets, daß er auf Setzung einer unangemessenen Frist Widerspruch erhebt. Die von Staub citirten Entscheidungen des älteren Rechtszustandes sind für das neue Recht nicht ohne Weiteres verwerthbar (übrigens ist R.G.E. VII S. 79 auch auf dem hier vertretenen Standpunkt stehend).

Digitized by Google

werde. Erklärt der Käufer, er werde bei nicht erfolgender purgatio morae Deckungskauf vornehmen, so ist dies als genügende Ablehnungserklärung anzusehen. Nach gefunden Interpretationsgrundsätzen ist dies dahin auszulegen, daß er dann den Verkäufer wegen Nichterfüllung auf Schadensersatz belangen werde, weil normaliter der Deckungskauf die Form der Geltendmachung solcher Ansprüche ist (Bolze IV Nr. 717, die abweichenden Entscheidungen des R.O.H.G. XV S. 335, XVIII S. 386 sind dem neuen Recht gegenüber nicht zutreffend). Auch die Erklärung „ich habe mich gedeckt" bedeutet im Geschäftsverkehr, der Käufer werde nicht mehr annehmen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen (R.O.H.G. III S. 320). Ebenso wäre die Erklärung des Verkäufers, er werde die Waare für Rechnung des Käufers verkaufen und den Preisunterschied fordern, als genügende Ablehnungserklärung anzusehen, da dies eine häufige Form der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung ist (R.O.H.G. XII S. 285). Allgemeine Wendungen, daß er den Schuldner für den entstehenden Schaden verantwortlich machen würde, daß der Schuldner sich die Folgen selbst zuzuschreiben habe und dgl. genügen nicht, weil sie Zweifel lassen, ob der Gläubiger Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht. Auch die Erklärung des Käufers an den Verkäufer, er werde ihn mit der Differenz belasten, ist nicht genügend deutlich (so auch Staub Anm. 81).

Welche von beiden Alternativen — ob Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage — er nachher wählen wird, braucht der Gläubiger in der Ablehnungsandrohung nicht anzugeben. Wieweit ihn die schon jetzt getroffene Wahl bindet, ist unten zu erörtern.

3. Ablehnungsandrohung und Fristsetzung sind nöthig. Es genügt Nr. 37.
ebensowenig Fristsetzung ohne Ablehnungsandrohung wie Ablehnungsandrohung ohne Fristsetzung. Erhebt also der Gläubiger nur Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann der Schuldner den Mangel der erforderlichen Fristsetzung einwenden. Hätte der Gläubiger nur die Frist gesetzt, ohne das Ablehnungspräjudiz aufzustellen und droht er nachträglich die Ablehnung an, so würde dem Gesetz nur dann Genüge geschehen sein, wenn die Ablehnungsandrohung deutlich auf die voraufgegangene Fristsetzung Bezug nimmt und die noch übrige Frist als angemessene nach Lage des Falls erscheint. Droht er umgekehrt erst Ablehnung an und setzt nachher die Frist, so wäre der Fehler geheilt (R.O.H.G. VIII S. 16). — Der Gläubiger kann auch die Frist nachträglich einseitig verlängern, doch muß dies vor Ablauf der ursprünglich gesetzten Frist geschehen. Nachträglich sie verkürzen kann er nicht einseitig, doch kann der Schuldner die Verkürzung genehmigen.

γ) **Die Fristbestimmung kann grundsätzlich vor Eintritt des Verzuges nicht** Nr. 38.
erfolgen, weil sie den Verzug voraussetzt; eine vorher erfolgte Fristbestimmung ist als verfrüht grundsätzlich unwirksam (R.O.H.G. XIV S. 25, XVII S. 335). Ist zur Begründung des Verzuges Mahnung erforderlich, so kann sie mit dieser Mahnung verbunden werden (R.O.H.G. XXIII S. 170), ja sie kann schon für den etwaigen Fall des Verzuges ergehen. Konnte der Gläubiger voraussehen, daß der Schuldner in Verzug gerathen wird, und setzt er ihm für den Fall, daß der Verzug eintritt, die Nachfrist mit der Androhung, später die Annahme abzulehnen — so wird der Schuldner nicht nach Eintritt des Verzuges nochmalige Fristbestimmung begehren dürfen (R.G. bei Gruchot XXVIII S. 1064, a. A. Staub Anm. 84). — Wann sie nach Eintritt des Verzuges zu erfolgen hat, ist im Gesetz nicht bestimmt. Auch aus der Natur der Sache läßt sich eine Beschränkung nicht entnehmen. Im Gegentheil ist es für den säumigen Schuldner ja nur eine Wohlthat, wenn ihm die Möglichkeit, moram zu purgiren, verlängert wird (R.O.H.G. VII S. 391 f., XXIII S. 85, Bolze IX Nr. 395, XIV Nr. 441, R.G.E. XXXII S. 64). Doch setzt selbstverständlich die purgatio morae, ebenso die Verjährung des Anspruches des Gläubigers der Fristsetzung ein Ende, desgl. die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung, welchenfalls B.G.B. § 287 Platz greift. Auch kann nach Lage des Falls in dem längeren Schweigen des nichtsäumigen Kontrahenten ein Verzicht auf die Geltendmachung aller Ansprüche wegen Verzuges des Schuldners, ein Einverständniß mit dessen Verhalten, gefunden werden (R.O.H.G. IX S. 412, XIV S. 395). Noch weitergehend läßt bei illoyaler Hinausschiebung der Fristbestimmung R.O.H.G. XX S. 336 ff. und XXIII S. 84 ff. den nichtsäumigen Theil die Ausübung aller Vertragsrechte verwirken, wenn die verspätete Ausübung derselben zu einer ungerechtfertigten Benachtheiligung des säumigen Theiles führen würde, insbesondere das Vertragsobjekt in der Zwischenzeit eine wesentliche

Digitized by Google

Veränderung erfahren hat, so daß dem säumigen Theil nicht mehr zuzumuthen ist, an dem Vertrage festzuhalten.

Nr. 39. δ) **Die Fristbestimmung und Ablehnungsandrohung kann unterbleiben, wenn die Erfüllung des Kaufvertrages** (nicht bloß die Erfüllung seitens des Gegenkontrahenten) **in Folge des Verzuges für den nichtsäumigen Theil kein Interesse hat** (B.G.B. § 326 Abs. 2), Fälle, die wohl zu scheiden sind von denen des Fixgeschäftes (vgl. z. B. den Fall R.O.H.G. V S. 437).[1]) Das wird hauptsächlich praktisch werden für den Käufer (vgl. Lamprecht in Busch XXVI S. 106), der die Waare, z. B. die Saisonartikel, nunmehr überhaupt nicht oder doch nicht für den durch den Kaufvertrag erstrebten Zweck brauchen kann (Bolze X Nr. 465, 466, XII Nr. 454), seltener für den Verkäufer, für letzteren z. B. dann, wenn er die Summe zu einem bestimmten Unternehmen brauchte, das sich nun zerschlagen hat (Düringer-Hachenburg II S. 142), oder wenn er an der eigenen Lieferung kein Interesse mehr hat. Daß der säumige Theil wußte oder wissen mußte, daß die verspätete Lieferung für den Gläubiger kein Interesse mehr habe, ist nicht nothwendig. Doch hat, wenn die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens besteht, der Nichtsäumige den Säumigen, der dies weder wußte noch wissen mußte, darauf aufmerksam zu machen, widrigenfalls der Richter den Umfang des Ersatzes entsprechend herabsetzen kann (B.G.B. § 254). Bloße Preisschwankungen der Waare genügen nicht, um den Mangel des Interesses zu begründen.

Daß die Erfüllung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat, hat der nichtsäumige Theil zu beweisen.

Nr. 40. Die Festsetzung kann ferner unterbleiben, **wenn zweifellos ist, daß der Säumige nicht erfüllen wird**, vor allem, wenn der Schuldner die Erfüllung rundweg verweigert, weil sie dann bloß eine den Vertragsbrüchigen zum Nachtheile des vertragstreuen Theiles grundlos begünstigende leere Formalität wäre (R.O.H.G. III S. 210, a. A. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 75, 92) und weil der Schuldner ja deutlich zu erkennen gab, er denke gar nicht daran, von der Frist Gebrauch zu machen (R.O.H.G. III S. 321, V S. 107, VI S. 326, VIII S. 19, 129, 253, R.G.E. VII S. 44, Bolze XIV Nr. 424, XV Nr. 366, XXII Nr. 458). Nach dem R.O.H.G. (IX S. 347) steht der unbedingten Weigerung die bedingte gleich, wenn die Bedingung eine unstatthafte ist. Doch ist hier vorsichtig zu verfahren, da in der bedingten Bereiterklärung meist eine Geneigtheit, zu erfüllen, liegen wird. Ueberall überhaupt, wo nicht das deutliche Verschmähen der Fristanwendung beim Schuldner zu gewahren ist, ist an der Fristsetzung festzuhalten, so wenn der Schuldner darauf hinweist, daß er zur Zeit nicht im Stande sei, zu erfüllen, hier wird ihm umgekehrt die Frist sehr willkommen sein (R.O.H.G. VIII S. 253, vgl. Lamprecht in Busch XXVI S. 108), oder wenn er nur den Wunsch äußert, vom Vertrage loszukommen, oder sonstige allgemeine Meinungsäußerungen oder Urtheile über seine angebliche Freiheit vom Vertrage abgiebt, ohne daß er eine ernstliche Willenserklärung vornimmt (R.O.H.G. III S. 211).

Nr. 41. Aber auch, wenn ohne Willenserklärung des säumigen Theiles die Sachlage klar ergiebt, daß er nicht erfüllen wird (z. B. in Folge der bei ihm angewachsenen Rückstände R.O.H.G. IX S. 127), kann die Fristbestimmung unterbleiben. Der Umstand, daß der Verkäufer die gekaufte Spezies anderweit verkauft hat, würde noch nicht von der Fristsetzung entbinden, der Verkäufer kann sie ja wieder zurückzuerlangen suchen (anders R.O.H.G. bei Puchelt-Förtsch Art. 356 Anm. 6). — Eine Fristsetzung ist ferner unnöthig, wo der Vertrag von vornherein eine bestimmte Nachfrist für die Leistung festgesetzt hatte, binnen der der Gläubiger anzunehmen gehalten sei (Düringer-Hachenburg II S. 150), hier genügt die einfache Ablehnungserklärung.

Nr. 42. Endlich kann selbstverständlich der Vertrag den nichtsäumigen Theil von der Fristbestimmung entbinden, womit das Geschäft aber noch kein Fixgeschäft würde, weil der Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung bestehen bliebe (R.O.H.G. XI S. 425); auch kann der säumige Theil auf die Setzung der Nachfrist nachträglich verzichten; das bloße Schweigen auf eine illoyale Erklärung des Gläubigers würde solchen Verzicht noch nicht darstellen (R.G.E. VII S. 79 f.) Umgekehrt kann der Nichtsäumige eine längere, als angemessene Frist bewilligen und ist dann daran gebunden.

---

[1]) Auch von dem Fall, daß die Leistung des Verkäufers in Folge des Verzuges desselben nun nicht mehr möglich ist (B.G.B. § 325); in diesem Falle ist auch das Recht auf Erfüllung ausgeschlossen.

Digitized by Google

ε) Daß die Fristsetzung und Ablehnungsandrohung erfolgt ist, hat der Gläubiger zu beweisen. Nr. 43.

ζ) Erfüllt der säumige Theil innerhalb der gesetzten Frist, so hat er moram purgirt, er wendet die unten zu besprechenden Folgen dadurch ab. Dies gilt auch dann, wenn der Frist Setzende ein Anderes sich vorbehielt, solch' einseitiger Vorbehalt hat für den säumigen Theil keine bindende Kraft (R.O.H.G. XIII S. 99, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 218). Der nichtsäumige Theil darf deshalb die innerhalb der Nachfrist angebotene Erfüllung nicht zurückweisen. Thut er dies, so geräth er in Annahmeverzug und möglicherweise zugleich in Leistungsverzug. Doch muß es sich um vollständige Erfüllung, nicht um Theilleistungen handeln. Theilleistungen kann er zurückweisen (B.G.B. § 266). Vollständige Erfüllung liegt aber erst dann vor, wenn auch der durch die Verspätung dem Nichtsäumigen entstandene Schaden mitersetzt wird. Solange dies nicht geschieht, kann der nichtsäumige Theil die Annahme der Leistung verweigern. Die bona fides wird nur verlangen, daß er den Säumigen über die Höhe des Schadens informirt. Nimmt er dagegen die Leistung an, so hat er auf Rücktrittsrecht und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verzichtet. Nr. 44.

Der Beweis, daß innerhalb der Nachfrist erfüllt ist, liegt dem Säumigen ob.

CC. **Die Folgen der Ablehnung der Leistungsannahme.** Wird innerhalb der Nachfrist mora nicht purgirt, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen und zwar sofort mit Ablauf der Nachfrist, eine nachträgliche purgatio morae ist nicht mehr zulässig. Er kann ablehnen, auch bevor er sich darüber erklärt, welchen Weg er weiter beschreiten will. Andererseits hat er auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung nun nicht mehr Anspruch. Selbstverständlich können die Parteien durch Vereinbarung nachträglich auf den alten Zustand zurückkehren (Bolze X Nr. 482). — Wohl aber hat der Gläubiger das Wahlrecht zwischen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage. Demnach hat der Verkäufer dieses Wahlrecht, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug ist und der Käufer dieses Wahlrecht, wenn der Verkäufer mit der Lieferung in Verzug ist. Nr. 45.

Es ist auch gleichgültig, ob der nichtsäumige Theil seinerseits erfüllt hat oder nicht. Insbesondere hat der Verkäufer das Wahlrecht auch dann, wenn er seinerseits die Waare dem Käufer übergeben hat. Nur wenn der Verkäufer erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, ist er lediglich auf das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, beschränkt (B.G.B. § 454). Es genügt somit nicht, wie im alten H.G.B., daß der Verkäufer die Waare übergeben hat, er muß auch vor oder bei der Uebergabe den Kaufpreis (ausdrücklich oder stillschweigend) gestundet haben. Hat er den Kaufpreis erst nach der Erfüllung gestundet, so wird es Auslegungsfrage sein, ob er auf sein Rücktrittsrecht verzichtet hat (Planck zu B.G.B. § 454 Nr. 2b, weitergehend Oertmann zu § 454, der auch für diesen Fall regelmäßig dasselbe annimmt). Andererseits ist es gleichgültig, ob nach Erfüllung des Kaufvertrages der Verkäufer die Waare bei sich behält, z. B. im Falle des constitutum possessorium; er würde, falls er den Kaufpreis gestundet hatte, trotzdem nicht zurücktreten können, sondern nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen dürfen. Ist die Stundung nur eines Theiles des Kaufpreises erfolgt, so gilt der Ausschluß des Rücktrittes auch nur hinsichtlich dieses Theiles. — Hat umgekehrt der Käufer erfüllt und die Lieferung der Waare dem Verkäufer gestundet, so gilt die Beschränkung auf eines von beiden Rechten nicht. Er hat vielmehr bei eintretendem Lieferungsverzug des Verkäufers das Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Kaufvertrage.

Wann der nichtsäumige Theil das Wahlrecht auszuüben hat, ist im Gesetzbuch nicht bestimmt. Es besteht somit grundsätzlich eine Frist für die Ausübung des Wahlrechts nicht. Doch kann der Vertrag eine solche bestimmen. Des Ferneren hat nach B.G.B. §§ 355, 327 der säumige Theil das Recht, dem Nichtsäumigen für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine angemessene Frist zu bestimmen mit dem Präjudiz, daß, falls der Rücktritt nicht vor Ablauf der Frist erklärt wird, das Rücktrittsrecht erlischt, also nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übrig bleibt. Endlich wird auch für die Ausübung des Wahlrechts das bei der Fristsetzung Bemerkte Anwendung zu finden haben, wonach in dem Schweigen des nichtsäumigen Kontrahenten u. U. ein Einverständniß mit der mora des Schuldners gefunden werden kann oder gar illoyale Hinausschiebung der Ausübung des Wahlrechts die Verwirkung aller Nr. 46.

Digitized by Google

Vertragsrechte zur Folge hat (R.O.H.G. IX S. 411, R.G.E. XXXII S. 64). Freilich ist hierbei besonders vorsichtig zu verfahren. Denn nachdem durch die Fristsetzung der nichtsäumige Theil seinen Entschluß, die Annahme der Leistung zu verweigern, kundgegeben hat — ist seine nachträgliche Genehmigung nur bei Vorhandensein besonderer, darauf hindeutender Umstände, anzunehmen. Und andererseits ist durch B.G.B. § 355 dem säumigen Theil ja die Möglichkeit gewährt, die Ausübung des Rücktrittsrechts zu beschleunigen, so daß er sich die Folgen selbst zuzuschreiben hat, wenn er dies unterläßt.

Nr. 47. Die Ausübung des Wahlrechts kann auch schon mit Ablauf der gewährten Nachfrist eingetreten sein. Hatte der nichtsäumige Theil bei Setzung der Nachfrist die Alternative, für die er sich entscheiden werde, z. B. seinen Rücktritt, falls nicht bis zum Ablauf der Nachfrist mora purgirt werde, mitgetheilt — und hatte er bis zum Ablaufe der Nachfrist Aenderung seines Willensentschlusses dem nichtsäumigen Theile nicht mitgetheilt — so gilt das Wahlrecht als mit dem Ablauf der Nachfrist ausgeübt; das Entsprechende gilt, wenn er während der Nachfrist sich für die eine oder andere Alternative entscheidet und sie nicht bis zum Ablauf der Nachfrist zurücknimmt.

Ja es ist sogar denkbar, daß die Ausübung des Wahlrechts schon vor Ablauf der Nachfrist eingetreten ist. Es steht nichts im Wege, daß der nichtsäumige Theil schon vorher sich definitiv für eine Alternative entscheidet und auf die andere verzichtet (vgl. Cosack, Lehrb. des b. R. I § 123 S. 399). Doch wird dies praktisch wohl nur selten der Fall sein und es müssen die besonderen Umstände, aus denen sein definitiver Entscheid hervorgeht, dargethan werden.

Nr. 48. Was die Form der Ausübung des Wahlrechts betrifft, so ist eine besondere Anzeige vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Neben der Fristsetzungsanzeige bedarf es also grundsätzlich einer erneuten Anzeige der Wahlausübung nicht (anders als bei der alternativen Obligation B.G.B. § 263). Wohl aber ist B.G.B. § 349, nach dem der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theil zu erfolgen hat, auch hier anwendbar (B.G.B. § 327). Entscheidet sich also der nichtsäumige Theil für Rücktritt, so hat er dies dem anderen Theile mitzutheilen, eine Mittheilung, die keiner bestimmten Form bedarf,[1]) auch im Prozesse erfolgen kann sowohl in Gestalt der Klage (R.O.H.G. X S. 145, XI S. 425) wie der Einrede, und die als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft den Grundsätzen des B.G.B. §§ 130—132 unterliegt. Entscheidet er sich dagegen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, so bedarf es einer Erklärung gegenüber dem säumigen Theile nur insoweit, als jede Geltendmachung eines Anspruches eine solche mit sich bringt. In beiden Fällen muß es sich aber um definitiven Willensentschluß handeln, bloße Hinweise auf Möglichkeiten oder Wahrscheinlichkeiten genügen nicht.

Nr. 49. Die Ausübung des Wahlrechts hat hinsichtlich der ganzen noch geschuldeten Leistung zu erfolgen. Der nichtsäumige Theil ist nicht befugt, zu einem Theile Rücktritt, zu einem anderen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen. Ueber den Fall, daß nur noch ein Theil der Leistung aussteht, siehe unten Nr. 69 ff.

Nr. 50. Die getroffene Wahl ist unwiderruflich. Hat sich der nichtsäumige Theil für Rücktritt erklärt, so kann er nicht nachträglich einseitig zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung zurückkehren und umgekehrt (R.O.H.G. III S. 203, 280, VII S. 389; vgl. auch Planck zu §§ 325 Nr. 2, 263 Nr. 2).

Die Wahl geht dahin, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt wird oder dahin, daß vom Vertrage zurückgetreten wird.

Nr. 51. 1. **Es wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sog. Zwangsregulirung, gewählt.** Hier verlangt der Nichtsäumige vom säumigen Theil statt des unmittelbaren Vertragsgegenstandes Gewährung des Vermögenswerthes, den er gehabt haben würde, wenn der säumige Theil ordnungsmäßig den Vertragsgegenstand selbst gewährt hätte. Er geht also nicht vom Vertrage ab, sondern fordert kraft des Vertrages das Interesse an Stelle der Leistung (R.G.E. X S. 180). Mehr als dies Interesse kann er nicht

[1]) Nach dem R.G. (Bolze I Nr. 1095) liegt in der Erklärung des Verkäufers, er habe die Waare anderweit verkauft, eine Rücktrittserklärung, dagegen nicht darin, daß der Verkäufer nur androht, er werde die Lieferung einstellen (Bolze XVII Nr. 461). Die Rücktrittserklärung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der sie Vornehmende die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts überhaupt bezweifelt (R.O.H.G. XIII S. 332).

Digitized by Google

verlangen, insbesondere kann er außerdem die für den Fall verspäteter Erfüllung stipulirten Vertragsstrafen (B.G.B. § 341) nicht fordern. Denn er hat kein Recht, Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, sondern nur solchen wegen Nichterfüllung zu begehren (R.O.H.G. XIII S. 425, R.G.E. II S. 29, Bolze XVIII Nr. 466). Was also für jenen Fall bedungen war, kann hier als selbständiger Posten nicht weiter in Betracht kommen. Anders, wenn der Schuldner die Strafe für den Fall der Nichterfüllung versprochen hatte, hier gilt sie dann als Mindestbetrag des Schadens (B.G.B. § 340); und besteht sie in einer anderen Leistung als der Zahlung einer Geldsumme, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er sie begehren oder den Schadensersatz in Geld verlangen will (B.G.B. § 342; vgl. oben bei § 348 Nr. 5).

Im Uebrigen ist zu unterscheiden, ob der Verkäufer oder der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt.

a) **Der Verkäufer begehrt Schadensersatz wegen Nichterfüllung.**

Nr. 52. α) Ist die Waare noch nicht übergeben, so kann der Verkäufer konkrete und abstrakte Schadensberechnung nach freier Wahl aufstellen und kann, wenn er das Eine gewählt hat, immer noch zum Andern übergehen (Staub Anm. 95). Die **abstrakte Schadensberechnung** besteht darin, daß er den Preisunterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem niedrigeren Verkäuflichkeitspreise zur Zeit, wo der Verzug des Käufers eintrat, in Rechnung stellt (vgl. dazu v. Hahn II S. 397 ff.). Diese Differenz ist das Mindeste, was er begehren kann. Dies gilt nicht bloß in dem Falle, wo der Verkäufer eine Nachfrist nicht zu setzen brauchte, sondern auch dann, wenn er verpflichtet war, die Nachfrist zu setzen. Auch in diesem Falle kann ihm die Setzung der Nachfrist nicht zum Schaden gereichen. Er durfte Zahlung des Kaufpreises am Fälligkeitstage verlangen. Die gewährte Nachfrist diente zur purgatio morae. Purgatio morae lag nur dann vor, wenn der durch die Verspätung erwachsene Schade dem Verkäufer mitgedeckt wurde. Hätte der Käufer rechtzeitig gezahlt, so hätte der Verkäufer den Werth der Differenz zwischen Kaufpreis und Preis am Verfalltage in seiner Tasche. Diesen darf er deshalb trotz Bewilligung der Nachfrist beanspruchen (R.O.H.G. XI S. 183, R.G.E. VI S. 59). Es wäre somit irrig, anzunehmen, daß der Verkäufer nur die Differenz zwischen Verkaufspreis und Preis zur Zeit des Ablaufes der Nachfrist begehren kann, daß also, falls während der Nachfrist die Waare steigt, er weniger oder nichts verlangen kann. Vielmehr kann ihn die Preisschwankung in der Nachfristzeit nicht in seinem Schadensersatzanspruch nachtheilig tangiren. Umgekehrt aber kann er ein weiteres Sinken der Waare während der Nachfrist seinem Schadensersatzanspruch zu Grunde legen. Denn der Käufer hat ihm ja das ganze Interesse wegen Nichterfüllung zu vergüten. Ist also der Kurs der Waare zur Zeit des Ablaufes der Nachfrist niedriger, als zur Zeit des eingetretenen Verzuges, so ist der Verkäufer berechtigt, die höhere Differenz seinem Schadensersatzanspruch zu Grunde zu legen. — Andererseits darf der Verkäufer nicht durch einseitige, ihm nicht obliegende und sachlich nicht gerechtfertigte, Setzung einer Nachfrist die Lage des Käufers verschlechtern. Hatte er z. B. bei definitiver Weigerung des Käufers zur Erfüllung dem Käufer noch eine Nachfrist gesetzt, so kann er nur die Preisdifferenz zwischen Kaufpreis und Preis am Tage des Verzugs geltend machen, die Nachfrist war hier überflüssig und die während derselben eingetretene Kursverschlechterung kann dem Käufer nicht zum Nachtheil gereichen (R.O.H.G. XIII S. 246, R.G.E. V S. 104).

Nr. 53. Ist die Waare markt- oder börsengängig, so wird der zur obigen Zeit maßgebende Markt- oder Börsenpreis zu Grunde zu legen sein. Ist sie nicht markt- oder börsengängig, so ist zu eruiren, zu welchem Preise an den maßgebenden Zeitpunkten die Waare verkauft werden konnte (vgl. R.O.H.G. XI S. 183). Dabei ist bei Waaren die Verkäuflichkeit zu präsumiren, den Gegenbeweis der Unverkäuflichkeit hätte der Verkäufer zu führen (vgl. R.G.E. IV S. 3, oben S. 8).

Nr. 54. Maßgebend ist der Preis am Orte der geschuldeten Leistung (vgl. § 376 Abs. 2), d. h. dem Erfüllungsort des Verkäufers, nicht etwa am Ablieferungsort. Denn es handelt sich hier um das Interesse des geschädigten Verkäufers, nicht das des Käufers.

Nr. 55. Die **konkrete Schadensberechnung** besteht darin, daß der Verkäufer den im konkreten Fall durch den Verzug des Käufers erwachsenen Schaden nach den besonderen Maßstäben des Falles liquidirt, z. B. durch den Nachweis, daß er gegenüber seinem Vormann sich zu einer Vertragsstrafe verpflichtet hatte, falls er nicht rechtzeitig den Kaufpreis zahlte und durch den Leistungsverzug des Käufers in diese Lage gerieth. Unter die konkrete Schadensberechnung fällt auch der Fall des **Deckungsverkaufes.** Der

Digitized by Google

Verkäufer kann nämlich sein Interesse dadurch liquidiren, daß er die Waare anderweit verkauft und den Unterschied zwischen dem niedrigeren Erlöse und dem vereinbarten Kaufpreise vom Käufer einklagt. Das alte Recht (Art. 354) hatte einen derartigen Weg als obligatorischen normirt und bestimmt, daß solch' Verkauf in den Formen des Selbsthülfeverkaufs (§ 373) und für Rechnung des säumigen Käufers erfolgen müsse. Das B.G.B. kennt solche Vorschrift nicht. Der Verkäufer ist keineswegs gezwungen, zum Verkaufe der Waare zu schreiten, um seinen Schadenersatz zu berechnen, es ist nur sein Recht, diesen Modus zu wählen. Und schreitet er zum Verkauf, so braucht er nicht die Form des Selbsthülfeverkaufes zu beobachten. Weder bedarf es vorgängiger Androhung noch öffentlicher Versteigerung noch unverzüglicher Benachrichtigung von dem vollzogenen Verkauf. Vielmehr kann der Verkäufer ganz privatim verkaufen. Und endlich behält der Verkäufer den etwaigen höheren Erlös selbst, der Verkauf erfolgt also nicht für Rechnung des Käufers, sondern für Rechnung des Verkäufers (Deckungsverkauf), es sei denn, daß ein Anderes vereinbart ist. Beim Deckungsverkauf handelt der Verkäufer lediglich im eigenen Interesse, nicht als Beauftragter oder auftragloser Geschäftsführer des Käufers. Er sucht aus der Waare herauszuschlagen, was möglich ist. Darum hat er es in seiner Hand, die Modalitäten des Deckungsverkaufes selbst zu bestimmen, vorausgesetzt, daß nicht eine erhebliche, dem säumigen Käufer zum Schaden gereichende, weil den Preis der Waare drückende, Abweichung von den ursprünglichen Vertragsbedingungen vorgenommen wird. Nur darf er nicht arglistig oder fahrlässig die Interessen des säumigen Käufers durch den Deckungsverkauf verletzen (vgl. R.G.E. XI S. 198). Thut er dies, so wird der Richter nach B.G.B. § 254 zu erwägen haben, um wieviel geringer die Differenz gewesen sein würde, wenn redlich vorgegangen wäre. Regelmäßig wird die Redlichkeit es erheischen, daß der Verkäufer, falls er zum Deckungsverkauf schreiten will, diesen ungesäumt nach Ablauf der Nachfrist vornimmt, jedenfalls kann der Käufer sich, falls die Preise der Waare sinken, darauf berufen, daß bei ungesäumt vorgenommenem Deckungsverkauf bessere Preise erzielt worden wären.[1]) War die Setzung einer Nachfrist gar nicht erforderlich, so wird der Verkäufer regelmäßig sofort nach Eintritt des Verzuges, zum Deckungsverkauf, falls er diesen wählt, zu schreiten haben. Setzt er noch eine Nachfrist, schreitet er erst dann zu einem Deckungsverkauf und erzielt er dadurch geringere Preise, so wird der säumige Käufer sich darauf berufen können, daß bei sofortigem Deckungsverkauf mehr erzielt worden wäre (vgl. R.G.E. V S. 105). — Regelmäßig wird ferner als Ort des Deckungsverkaufes der Erfüllungsort des Verkäufers erscheinen. Doch wird der Verkauf auch am Ort, wo die Waare sich befindet, oder am Ablieferungsort statthaft sein, sofern darin nicht eine unredliche Handlungsweise liegt (R.O.H.G. XIV S. 141, R.G.E. XI S. 199).

Nr. 56. Hinsichtlich der Höhe des zu erzielenden Kaufpreises hat der Verkäufer nicht besondere Anstrengungen zu machen, es genügt, daß er von dem Marktpreis bei marktgängiger Waare nicht ohne Grund abweicht und überhaupt sich so benimmt, daß ihm eine Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt (R.O.H.G. IV S. 320, weitergehend R.O.H.G. XXI S. 249). Daß der Deckungsverkauf gerade an einen Käufer erfolgt, ist nicht nothwendig. Verkäufe in Theilen können u. U. vortheilhafter sein.

Nr. 57. Erzielt der Verkäufer beim Deckungsverkauf mehr als den vereinbarten Kaufpreis, so kann er das Plus behalten, hat natürlich den Gewinn bei Berechnung des ihm durch den Verzug des Käufers erwachsenen Schadens in Anrechnung zu bringen (vgl. R.O.H.G. XXII S. 187). Denn er kann ja nur den wirklichen Schaden, den er durch den Leistungsverzug erlitten hat, in Anschlag bringen (vgl. R.G.E. XV S. 73).

Nr. 58. Der Deckungsverkauf ist, wie bemerkt, Recht, aber keineswegs Pflicht des Verkäufers. Jedenfalls hat dieser keine Pflicht, sich nach einem Käufer umzusehen; werden ihm freilich Angebote gemacht, so darf er sie nicht fahrlässig zurückweisen (B.G.B. § 254). Recht des Verkäufers aber ist er jedenfalls beim Gattungskauf. Denn ist auch nach Lage der Sache die Leistung hier gewöhnlich bereits konkretisirt, so wird man der bona fides entsprechend annehmen dürfen, daß Käufer nicht Waaren der gleichen Art und Güte zurückweisen darf, wenn er kein besonderes Interesse hat, gerade die ausgeschiedenen Waaren zu verlangen (vgl. Planck zu § 243 Nr. 4, Schollmeyer zu § 243 Nr. 6c, Dernburg b. R. II S. 30).

[1]) Insofern liegt im Deckungsverkauf ein Risiko; aber der Verkäufer ist ja nicht dazu gehalten.

Digitized by Google

Dagegen ist beim Spezieskauf der Deckungsverkauf aus dem Grunde nicht statthaft, weil ja Verkäufer gegen Leistung des Schadensersatzes seinerseits erfüllen muß.[1])

β) **Ist die Waare dem Käufer zu Eigenthum übertragen,** so wird der Nr. 59.
Deckungsverkauf unstatthaft sein (Denkschr. I S. 220). Der Verkäufer wird dann im Wesentlichen in derselben Lage sein, als ob er auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung besteht. Verwahrt er die Waare für den Käufer, so hat er möglicherweise ein einfaches oder kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht. Der bloße Umstand, daß die Waare im Besitz des Käufers ist, hindert den Deckungsverkauf nicht. —

b) **Der Käufer begehrt Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Hier ist zu Nr. 60.
unterscheiden, ob der Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt hatte oder nicht.

α) **Hatte der Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt,** so kann er jedenfalls Erstattung des Kaufpreises nebst Zinsen vom Verzugstage ab verlangen, weil diese Summe unter allen Umständen in der Entschädigung wegen Nichterfüllung enthalten ist (R.O.H.G. XXIV S. 106). Aber er kann auch den darüber hinausgehenden Schaden liquidiren und zwar wiederum nach den Grundsätzen **abstrakter** oder **konkreter** Schadensberechnung. Bei der **abstrakten** Schadensberechnung (vgl. dazu v. Hahn II S. 397 ff.) legt der Käufer zu Grunde den Preisunterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem höheren Preise zur Zeit des Verzuges des Verkäufers (R.O.H.G. III S. 96, XIV S. 7, XV S. 336). Denn hätte der Käufer zur Verzugszeit die Waare erhalten, so besäße er in ihr jenen höheren Vermögenswerth (R.O.H.G. XXIV S. 155). Durch den Verzug des Verkäufers ist er desselben verlustig gegangen (Lamprecht in Busch XXVI S. 82, R.O.H.G. VII S. 376, IX S. 348, X S. 150, XIV S. 142, XVII S. 256, XXI S. 248, XXIV S. 154, R.G.E. I S. 241, VI S. 26, 59). Diese Preisdifferenz ist also der Mindestbetrag des Schadens, den er verlangen kann.[2]) Daß er inzwischen billiger eingekauft hat, ist unerheblich, denn solch' Einkauf stand ihm auch frei, wenn gehörig geliefert wurde (Busch XV S. 11), und ebenso unerheblich ist, daß er thatsächlich für die Waare damals keine Reflektanten hatte. Denn es wäre eine unverdiente Begünstigung des kontraktbrüchigen Verkäufers, wenn man ihm gestatten wollte, den Schadensersatzanspruch des Käufers durch den Nachweis abzuwenden, daß der Käufer damals noch keine Bestellungen gehabt habe (R.G.E. IV S. 3); es genügt vielmehr, daß die Möglichkeit des Verkaufes bestand, die bei Waaren ohne Weiteres angenommen werden darf.

War der Käufer gehalten, Nachfrist zu setzen, so gilt, wie im entsprechenden Nr. 61.
Falle des Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrenden Verkäufers, daß die Preisschwankung in der Nachfristzeit den Schadensersatzanspruch nicht nachtheilig tangiren kann. Ist also die Waare zur Zeit des Ablaufes der Nachfrist[3]) im Preise gestiegen gegenüber dem Zeitpunkt des Verzuges, so kann der Käufer die höhere Preisdifferenz seiner abstrakten Schadensberechnung zu Grunde legen. Ist sie dagegen im Preise gesunken, so darf er trotzdem die Differenz zwischen vereinbartem Preise und Preis zur Verfallzeit begehren (Lamprecht bei Busch XXII S. 86, XXVI S. 90, 91, R.O.H.G. XI S. 183, R.G.E. VI S. 59, Bolze II Nr. 1019). — Anders, wenn

[1]) A. A. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 21 und Schöller bei Gruchot XLIV S. 603 ff. Es ist diesen Autoren zuzugeben, daß damit der Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Spezieskauf praktisch zusammenfällt mit dem Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Allein bei ihrer Auffassung wäre die Hinstellung des Rücktrittsrechtes neben dem Deckungsverkaufsrecht ziemlich überflüssig und es erscheint bei Grundstücksverkäufen auch wirthschaftlich bedenklich, dem Verkäufer ein so weit gehendes Recht zu geben. Bei Verkauf beweglicher Sachen helfen ja die Grundsätze über den Annahmeverzug des Käufers völlig aus.

[2]) Freilich wird zu beachten sein, daß möglicherweise nach seinem Geschäftsbetrieb der Absatz ihm noch gewisse Spesen macht; diese müßte er dann auch in Abzug bringen (R.G. bei Holdheim VII S. 84). Umgekehrt könnte er staatliche Ausfuhrprämien in Rechnung stellen (Staub S. 1286 Anm. 1).

[3]) Wie, wenn sie während des Laufes der Nachfrist steigt und nachher sinkt? Darf er dann den höchsten Preis, den sie während dieses Laufes erreicht, zu Grunde legen? Z. B. der vereinbarte Kaufpreis ist 100, der Preis am Verzugstage 101, während der Nachfrist steigt die Waare auf 102, sinkt dann aber bis zum Ablauf der Nachfrist auf 101. Kann Käufer 102 in Ansatz bringen? Ja, wenn nach Lage der Dinge anzunehmen ist, daß er die Waare zu diesem Preise veräußert haben würde. Cosack, bürgerl. Recht I § 123 Nr. 4, anders Busch VIII S. 337).

Digitized by Google

der Käufer ohne sachlichen Grund eine Nachfrist setzt, hier würde der Verkäufer sich darauf berufen können, daß die ihm zum Schaden gereichende Kurssteigerung eine ungerechtfertigte Begünstigung des Käufers darstellt (R.O.H.G. XIII S. 246, R.G.E. V S. 104, Bolze XVI Nr. 422), er braucht also nur die Differenz zwischen vereinbartem Preis und Preis zur Verfallzeit zu zahlen; dies wäre der Fall, wenn die Lieferung in Folge des Verzuges für den Käufer kein Interesse hat und er ohne sachlichen Grund dem Verkäufer eine Nachfrist setzt (B.G.B. § 326 Abs. 2), während sonst ja die Setzung der Nachfrist Pflicht des Käufers ist. Das Analoge wird man dann anzunehmen haben, wenn der Käufer die Nachfrist über Gebühr ausdehnt. Die jenseits der angemessenen Nachfrist entstandene Preissteigerung braucht der Verkäufer nicht zu tragen. —

Nr. 62. Der höhere Preis ist regelmäßig nach dem Ort der Ablieferung zu bemessen, nicht nach dem Ort der Erfüllung. Denn es handelt sich hier um das Interesse des Käufers, für den der Abnahmeort in Betracht kommt; an diesem Ort pflegt der Käufer die weitere Verfügung über die Waare zu treffen, hier würde er thatsächlich den Betrag des Werthes der Leistung in seinem Vermögen gehabt haben (R.O.H.G. XXI S. 249, R.G.E. VI S. 27, Seuffert XXXXVIII Nr. 112). Ist jedoch die Sachlage die, daß ein anderer Ort als geeigneter für die Geschäftszwecke des Käufers hinsichtlich der Waare erscheint, sollte z. B. die Waare vom Ablieferungsort sogleich weiter nach ihrem eigentlichen Bestimmungsort verschifft werden, um dort vom Käufer verwendet zu werden, so kann der Bestimmungsort maßgebend sein (R.O.H.G. XXI S. 249, Seuffert XXII Nr. 289, Bolze IX Nr. 410, Lamprecht bei Busch XXVI S. 92), wobei freilich die Kosten des Transportes vom Ablieferungsort nach dem Bestimmungsort in Abzug gebracht werden müssen. Wenn zwar nicht am Ablieferungsort, wohl aber am Erfüllungsort ein Marktpreis besteht, wird bei marktgängigen Waaren der Erfüllungsort maßgebend sein (Bolze XVII Nr. 460).

Nr. 63. Bei **konkreter** Schadensberechnung weist Käufer unter Darlegung der bei ihm zutreffenden besonderen Umstände des Falles den durch Nichterfüllung seitens des Verkäufers erwachsenen Schaden nach. So kann er in Folge der Nichtlieferung außer Stande gewesen sein, als Fabrikant die bestellten Fabrikate rechtzeitig herzustellen und so des daraus zu erwartenden Gewinnes verlustig gegangen sein oder gar sich einer Konventionalstrafe schuldig gemacht haben;[1]) er kann, weil es ihm unmöglich ist, die Waaren einstweilen anderswoher zu beziehen, Verlust in seiner Kundschaft haben (z. B. als Wirth). Die beiden Hauptfälle aber sind, daß er die gekaufte Waare inzwischen weiter verkauft hat und sie nun infolge Nichterfüllung des Verkäufers seinem Käufer nicht liefern kann, welchenfalls er allen positiven Schaden in Folge seiner Nichtlieferung und allen entgangenen Gewinn, den er aus dem Weiterverkauf gezogen hätte, vom Verkäufer verlangen kann (R.O.H.G. XIII S. 199, 200) — und daß er inzwischen die Waare selbst zu höherem Preise angeschafft hat. Letzterer Fall, der **Deckungskauf**, ist von besonderem praktischen Interesse.

Nr. 64. Wie der Verkäufer bei Nichterfüllung des Käufers zum Deckungsverkauf, so ist der Käufer bei Nichterfüllung des Verkäufers zum **Deckungskauf** berechtigt (dazu v. Hahn II S. 405 ff.). Eine Verpflichtung zum Deckungskauf hat er an sich nicht, doch wird aus B.G.B. § 254 zu folgern sein, daß er nicht geradezu Offerten ablehnen darf. Umgekehrt hat er das Recht zum Deckungskauf auch ohne Nachweis eines Interesses (R.G.E. XI S. 198) und dem Verkäufer nützt nicht der Gegenbeweis, daß der Käufer die Waare nicht gebraucht habe (Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 58). Den Deckungskauf nimmt er in eigenem Interesse, weder als Mandatar noch als negotiorum gestor des Verkäufers vor (vgl. R.G.E. XI S. 199, XV S. 72), steckt deshalb den Gewinn in die eigene Tasche, wie er andererseits den erzielten Gewinn auf den durch den Leistungsverzug des Verkäufers erwachsenen Schaden anrechnen muß; denn er kann nur verlangen, was im Endresultat sein Schade ist (R.O.H.G. XXII S. 187). Weil er den Deckungskauf im eigenen Interesse vornimmt, hat er nicht besonders ängstlich die Chancen zu prüfen, die die Kaufgelegenheit bieten könnte. Es kann von ihm nur ein gutgläubiges Handeln verlangt werden. „Die vom Käufer wirklich und redlicherweise bezahlten Preise" bilden die Grundlage für seine Schadensliquidation. „Was im Einzelnen die Frage betrifft, an welchem Ort der Deckungskauf vorzunehmen ist, so wird es nahe liegen, daß der Käufer denselben am Erfüllungs-

[1]) Für derartige Fälle wird er freilich u. U. den Verkäufer nach B.G.B. § 254 Abs. 2 auf die Gefahr des ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen haben.

Digitized by Google

oder Ablieferungsorte abschließt, oder an dem diesem Orte zunächst liegenden Marktorte. Man wird, wenn er dies nicht thut, von ihm eine Darlegung der Gründe, die ihn zur Wahl des anderen Ortes bestimmten, verlangen können. Allein, auch wenn der Käufer den Abschluß an dem gewählten Orte nicht zu rechtfertigen vermag und wenn er in Folge der Wahl dieses Ortes zu ungünstigeren Bedingungen abgeschlossen hat, oder wenn er sich in anderen Beziehungen eines Versehens oder gar eines groben Versehens schuldig gemacht haben sollte, so folgt hieraus doch nicht ...., daß er den Deckungskauf seiner Schadensberechnung nicht zu Grunde zu legen berechtigt sei, sondern nur, daß bei Ermittlung der Höhe des Schadens der Richter diese Umstände mitzuberücksichtigen habe; der Richter hat also zu untersuchen, wie hoch sich zur fraglichen Zeit am Ablieferungsorte oder in den nächsten Marktorten der Marktpreis gestellt hat, oder, wenn ein solcher nicht zu ermitteln ist, zu erwägen, was damals und dort als angemessener Preis erschienen sein würde. Hiernach hat er unter Mitberücksichtigung etwaiger besonderer Umstände, z. B. raschen Konjunkturenwechsels, und dadurch bedingten Schwankens oder nach einer bestimmten Richtung hin erfolgender Veränderung der Preise zu prüfen, ob der vom Käufer beim Deckungskauf angelegte Preis sich nicht etwa als ein verhältnißmäßig hoher darstellt, welcher unter gleichen Umständen von einem sorgfältig handelnden Kaufmann wohl schwerlich angelegt worden sein würde. Findet der Richter dies, so hat er den betreffenden Faktor der Schadensberechnung herabzusetzen" (R.G.E. XI S. 199, 200; vgl. R.O.H.G. IV S. 320, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 160, Bolze II Nr. 1025, XIX Nr. 564, XII Nr. 467). Dies alles wird auch unter dem neuen Recht unter Berücksichtigung von B.G.B. § 254 zu gelten haben.

Was die Zeit des Deckungskaufes betrifft, so wird Käufer nicht ohne dringende Nr. 65.
Gründe den Abschluß hinausschieben dürfen (R.O.H.G. XVII S. 258), denn er soll nicht zum Nachtheil des Verkäufers fortspekuliren (Busch XII S. 319). Er hat ihn baldthunlichst, nach Ablauf der Nachfrist, falls letztere aber nicht in Frage kommt, nach Eintritt des Verzuges vorzunehmen. Anderenfalls braucht der Verkäufer den Deckungskauf nicht anzuerkennen, wenn sich für ihn ein ungünstigeres Resultat als bei abstrakter Schadensberechnung ergiebt. Umgekehrt wird unter Umständen schon ein vor Ablauf der kritischen Zeit vorgenommener Deckungskauf der Schadensberechnung zu Grunde gelegt werden dürfen, zumal wenn Käufer Grund zur Annahme hat, der Verkäufer werde nicht rechtzeitig erfüllen und er es für geboten hält, sich rechtzeitig nach Waare umzusehen (R.O.H.G. XIV S. 184, R.G.E. XV S. 70). Freilich kann Verkäufer nachweisen, daß Käufer den Deckungskauf zur kritischen Zeit billiger vornehmen konnte und dadurch Herabsetzung der Ersatzsumme erzielen (R.G.E. IV S. 71).

Daß auch der Deckungskäufer nicht erheblich andere Vertragsmodalitäten Nr. 66.
zum Nachtheil des säumigen Verkäufers vereinbaren darf, ist selbstverständlich (R.O.H.G. XIV S. 8). Wohl aber kann er, falls er in redlicher Weise verfährt, in Einzelheiten vom ursprünglichen Vertrage abweichen. Dies gilt sogar hinsichtlich der Qualität und der Sorte der Waare, vorausgesetzt, daß es ihm trotz angewandter Bemühungen nach Lage der Dinge nicht möglich war, genau die gleiche Qualität, beziehungsweise Sorte sich zu verschaffen und die andere ihm für den konkreten Fall Ersatz bot (Bolze I Nr. 1088, III Nr. 697, 700, X Nr. 483, XVIII Nr. 454). Diese Voraussetzungen muß er beweisen (vgl. Bolze I Nr. 1088, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 160, 161).

β) **Hatte der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt,** so bleibt ihm nur der Nr. 67.
Anspruch auf Schadensersatz nach den oben erörterten Grundsätzen.

2. **Es wird Rücktritt vom Vertrage gewählt.** Hierzu ist der Käufer schlechthin Nr. 68.
befugt, der Verkäufer dann nicht befugt, wenn er den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat (B.G.B. § 454). Im Falle des Rücktritts sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der säumige Verkäufer hat den empfangenen Preis von der Zeit des Empfangs ab zu verzinsen (B.G.B. § 347 Ende) und zwar mit 4 %, bei beiderseitigen Handelsgeschäften mit 5 %. Der säumige Käufer, der die Waare erhalten hat, haftet dem Verkäufer von nun ab für den Schaden, der dadurch entsteht, daß in Folge seines Verschuldens die Waare verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (B.G.B. §§ 347, 989), er hat ferner die Nutzungen herauszugeben, die er nach der Rücktrittserklärung gezogen hat, beziehungsweise Ersatz zu leisten für Nutzungen, die zu ziehen er schuldhaft unterlassen hat. Für nothwendige Verwendungen kann er nur nach den Grundsätzen der negotiorum gestio Ersatz verlangen (B.G.B. §§ 347, 994 Abs. 2), für andere Verwendungen kann er Ersatz nicht verlangen. —

Digitized by Google

Die Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen hat Zug um Zug zu erfolgen (B.G.B. § 348). — Einen Anspruch auf Ersatz sonstigen Schadens wegen Nichterfüllung, insbesondere das negative Vertragsinteresse, hat der nichtsäumige Theil nun nicht mehr (vgl. Prot. S. 4593, R.O.H.G. XVII S. 423, O.L.G. Dresden in Z. XXXVI S. 262, a. A. Cosack, b. R. I § 123 Nr. 6). Im Uebrigen greifen die Vorschriften von B.G.B. §§ 346 ff. entsprechend Platz (insbesondere B.G.B. §§ 356—358).

Nr. 69. 3. **Ist der Verzug nur mit Bezug auf einen Theil der Leistung** eingetreten, so kommt es darauf an, ob für den nichtsäumigen Theil die Erfüllung des Vertrages nun noch ein Interesse hat oder nicht:

a) Sie hat für den nichtsäumigen Theil noch ein Interesse, was zu vermuthen ist. Dann treten die Folgen des Verzuges nur für den rückständigen Theil ein. Der nichtsäumige Theil kann also hinsichtlich dieses Theiles die Fristsetzung mit der Ablehnungsandrohung vornehmen und nach Ablauf der Nachfrist entweder Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung begehren oder theilweisen Rücktritt vornehmen. Er kann aber auch, wenn er will, einfache Erfüllung des Restes und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung begehren. Unter rückständigem Theil ist dabei der gesammte, für die Zukunft ausstehende Theil der Leistung zu verstehen; falls somit der Verkäufer in Raten zu liefern (Successivlieferungsgeschäft) und der Käufer in Raten zu zahlen hat, würde der Schadensersatzanspruch wegen theilweiser Nichterfüllung, beziehungsweise der theilweise Rücktritt des nichtsäumigen Theiles sich nicht bloß auf die einzelne, konkrete Rate, mit der der säumige Theil in Verzug ist, sondern auch auf die zukünftigen noch ausstehenden weiteren Raten beziehen. Der nichtsäumige Theil ist nur gehalten, den bereits erfolgten Theil der Erfüllung anzuerkennen (R.O.H.G. II S. 86, XIII S. 104, 78, XVI S. 193, 202, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 260, XL S. 515, Bolze V Nr. 658, IX Nr. 407, XX Nr. 510, 511, XXII Nr. 430, R.G.E. XXXIX Nr. 16, vgl. Seuffert XLVI S. 339 ff.[1]). War also noch gar nichts geleistet, so berechtigt Verzug in der ersten Rate den nichtsäumigen Theil, für die ganze Leistung nach B.G.B. § 326 vorzugehen. — Will er es freilich, so kann er seine Ansprüche nur auf diese Rate beschränken und bei den folgenden von Neuem vorgehen (R.O.H.G. XIII S. 332, Bolze XX Nr. 510).

Nr. 70. b) Sie hat für den nichtsäumigen Theil kein Interesse mehr. Daß dies der Fall ist, hat der nichtsäumige Theil zu beweisen. Er kann den Beweis führen durch Bezugnahme auf die Natur des Gegenstandes (z. B. Service für einen Haushalt oder eine in ihren Einzelheiten zu liefernde Maschine) oder den Zweck des Vertrages (z. B. Lieferung der ganzen Quantität für ein Fest) oder bei ihm eingetretene individuelle Verhältnisse (vgl. im Einzelnen Lamprecht in Busch XXVI S. 130—132).[2]) Demgemäß braucht die Leistung als solche nicht untheilbar zu sein, es kann sich um eine nach der Vertragsabsicht theilbare Leistung handeln und doch die Voraussetzung vorliegen, daß der nichtsäumige Theil kein Interesse mehr an der Leistung hat. — In solchen Fällen kann der nichtsäumige Theil nach fruchtlos gestellter Nachfrist — soweit solche überhaupt nöthig ist — Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich des ganzen Vertrages verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten. Verlangt er Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages, so hat er seinerseits die empfangene Theilleistung zurückzugeben, während der säumige Theil ihm das ganze Interesse zu ersetzen hat. Beide Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen (vgl. Planck zu § 280 Nr. 6). Tritt er vom ganzen Vertrage zurück, so finden die Vorschriften des B.G.B. §§ 346—356 Anwendung (besonders zu beachten § 350). Insbesondere kann der Käufer, der einen Theil der Leistung bereits angenommen hatte, durch verschuldete Verschlechterung oder Vernichtung des empfangenen Theiles, durch Umarbeitung, u. U. auch durch Veräußerung nach B.G.B. §§ 351—353 seines Rücktrittsrechtes verlustig gehen und nur auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung beschränkt sein.

---

[1]) Dagegen R.G.E. XVII S. 61, v. Hahn zu Art. 359 § 7, Dreyer bei Gruchot XXXVII S. 199, auch Düringer-Hachenburg II S. 175. — Nach der Judikatur des R.O.H.G. und R.G. darf der nichtsäumige Theil sogar für einen Theil Schadensersatz wegen Nichterfüllung, für einen anderen Erfüllung wählen (R.O.H.G. IX S. 122, XIII S. 331, Bolze IX Nr. 397). Hiergegen R.G.E. XVII S. 62.

[2]) Aus der Judikatur: R.O.H.G. II S. 205, 306, VI S. 331 („Tonne Häring im Großhandel untheilbares Ganze"), IX S. 122 (Modeartikel für eine Saison).

Digitized by Google

4. Dasselbe, wie bei Verzug hinsichtlich eines Theiles der Leistung, gilt, wenn der Verzug des Schuldners hinsichtlich der ganzen Leistung vorliegt und die purgatio morae bis zum Ablauf der Nachfrist nur für einen Theil der Leistung erfolgt. Doch kann nach Lage des Falls in der Annahme der theilweisen Leistung seitens des nichtsäumigen Kontrahenten ein Verzicht auf Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung liegen, zumal wenn der noch übrige Theil ein unbedeutender ist. Nr. 71.

5. Anders liegt dagegen der Fall, wenn mehrere, nur äußerlich vereinigte Kaufgeschäfte vorliegen. Hier würde Verzug in einem Geschäft die Rechte und Pflichten hinsichtlich des anderen nicht berühren (R.O.H.G. XV S. 424). Nr. 72.

6. **Geräth der in Verzug befindliche Theil in Konkurs**, so gilt grundsätzlich das oben Gesagte. Nur macht der nichtsäumige Theil den Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend. — Anders, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung noch kein Verzug bestand. Hier ist zu unterscheiden, ob der nichtsäumige Theil bereits erfüllt hatte oder nicht. α) Hat er nicht erfüllt, so normiren R.K.O. §§ 17, 26. Der Konkursverwalter muß auf Erfordern des anderen Theiles unverzüglich erklären, ob er seinerseits Erfüllung verlange oder nicht. Erklärt er, daß er Erfüllung begehre, so hat er auch seinerseits zu erfüllen, kann die Masse in Verzug bringen und den Folgen des B.G.B. § 326 unterstellen. Die Ansprüche des nichtsäumigen Theiles gelten dann als Masseschulden (R.K.O. §§ 57, 59 Nr. 2). Lehnt er Erfüllung ab, so ist der Anwendung von B.G.B. § 326 die Möglichkeit verschlossen, weil es zu einem Verzuge nicht mehr kommen kann. Der andere Theil kann vielmehr nur seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach R.K.O. § 26 geltend machen (R.G.E. XXII S. 111, 112). — β) Hat der nichtsäumige Theil erfüllt, so hat er nur die Rechte auf Erfüllung als gewöhnlicher Konkursgläubiger, d. h. der Verkäufer auf den Kaufpreis, der Käufer auf den Schätzungswerth der Waare gemäß R.K.O. § 69. Nr. 73.

Ueber das **Verfolgungsrecht** siehe die Kommentare zur R.K.O. § 44.

7. Die Folgen des Verzuges können die Parteien natürlich durch Vereinbarung andersartig reguliren. Auch Handelsgebräuche können in Frage kommen. Beschränkungen in der Vereinbarung R.G., betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 § 1. Nr. 74.

8. Ueber Vierabnahmeverträge bei Art. 18 des E.H.G.B. Nr. 75.

Aelteres Recht. Die oben erörterten Folgen nicht rechtzeitiger Leistung beim gewöhnlichen Kauf treten für alle vom 1. Januar 1900 ab geschlossenen Käufe ein. Für die vorher abgeschlossenen Käufe normirt das ältere Recht, also, soweit es Handelskäufe sind, die Art. 354—356 des alten H.G.B.; das ältere Recht normirt insbesondere auch hinsichtlich der Voraussetzungen der mora solvendi. Die praktisch wichtigsten Abweichungen des älteren Rechtes beim Handelskauf waren: Nr. 76.

a) Nach altem Recht (Art. 356) brauchte der nichtsäumige Theil, wenn er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage abgehen wollte, dem Säumigen nur eine Nachfrist zu gewähren, nicht eine solche ausdrücklich zu setzen.

b) Der Verkäufer konnte bei mora solvendi des Käufers nach Art. 354, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählte, nur in der Weise vorgehen, daß er den Selbsthülfeverkauf in Gemäßheit des Art. 343 und zwar für Rechnung des säumigen Käufers vornahm. Eine abstrakte Schadensberechnung war für ihn ausgeschlossen, das etwa günstigere Ergebniß des Selbsthülfeverkaufes kam dem Käufer zu Gute.

c) Hatte der Verkäufer die Waare dem Käufer übergeben, so war ihm nach altem Recht bei mora solvendi des Käufers das Rücktrittsrecht ganz versagt, selbst wenn er den Kaufpreis nicht gestundet hatte.

d) Nach altem Recht war purgatio morae auch nach Ablauf der Nachfrist noch so lange zulässig, als nicht der Gläubiger sich erklärt hatte, er wolle nun keine Erfüllung und wähle Schadensersatz wegen Nichterfüllung, beziehungsweise Rücktritt (Staub[5] zu Art. 356 § 25).

II. Folgen nicht rechtzeitiger Leistung beim Fixgeschäft.

Während beim gewöhnlichen Kauf oder Tausch die Folgen nicht rechtzeitiger Leistung sich gleichmäßig bestimmen, ob nun der Kauf ein Handelskauf ist oder nicht — liegt die Sache anders beim Fixgeschäft. Hier stellt § 376 vom bürgerlichen Recht abweichende Nr. 77.

Digitized by Google

Grundsätze für den Fall auf, daß es sich um einen Handelskauf handelt. Bevor auf sie eingegangen wird, ist der **Begriff des Fixgeschäftes**[1]) zu erörtern.

Nr. 78. I. Uebereinstimmend formuliren B.G.B. § 361 und H.G.B. § 376 den Begriff des Fixgeschäftes dahin, daß die Vereinbarung darauf gehe, „daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll". Diese Worte sind nach der konsequenten Judikatur der obersten Gerichtshöfe, zumal des R.O.H.G., dahin aufzufassen, daß nach der Intention der Parteien die Erfüllungszeit, beziehungsweise Erfüllungsfrist eine wesentliche Eigenschaft der Leistung bilden soll, derart, daß mit dieser Zeit der Vertrag stehen und fallen, eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden, nach Ablauf der Zeit oder Frist auf Annahme späterer Leistung nicht mehr gerechnet werden soll (vgl. schon Busch VII S. 389, XIII S. 159, XVI S. 31, XVII S. 299, XIX S. 138; R.O.H.G. II S. 93, III S. 275, IV S. 166, VI S. 20, 378, IX S. 408, XI S. 432, XIII S. 168, XVI S. 292; R.G.E. I S. 241, VI S. 26, XXXVI S. 84). Ob diese Intention vorliegt, ist Thatfrage. Der Richter hat nach den Grundsätzen, die für die Interpretation von Verträgen aufgestellt sind (B.G.B. § 157, vgl. auch H.G.B. § 346), zu eruiren, ob die Parteien der Erfüllungszeit Wesentlichkeit beigelegt haben oder nicht. Indem das Gesetzbuch die Worte „genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist" anwendet, besagt es nur, daß die alleinige Hinstellung einer festbestimmten Zeit für die Leistung noch nicht genügt, um einem Geschäft die Eigenschaft als Fixgeschäft aufzuprägen. Es besagt dagegen nicht umgekehrt, daß stets, wo es an der Hinstellung eines kalendermäßig bestimmten Zeitpunktes fehlt, dem Geschäft die Eigenschaft als Fixgeschäft abgeht. Vielmehr kann sich aus dem ganzen Inhalt des Vertrages ergeben, daß trotzdem die Erfüllung an einem Zeitpunkt wesentliche Eigenschaft der Leistung bilden solle. Wieweit dies der Fall ist, läßt sich nur an der Hand einer Reihe von Momenten beurtheilen, von denen die wichtigsten hervorzuheben sind. Dabei gilt im Einzelnen:

Nr. 79. 1. Das Gesetz hat nur Fälle im Auge, in denen die Leistung nicht sofort, sondern später erfolgen soll, also nur Zeitgeschäfte (vgl. R.O.H.G. XX S. 236). Der Kassakauf ist der gesetzlich ohnehin präsumtive (B.G.B. § 271), die Ausbedingung sofortiger Erfüllung würde nicht unter den Begriff der Fixgeschäfte fallen. Insbesondere paßt die in H.G.B. § 376 getroffene Regelung, daß der nichtsäumige Theil Erfüllung nur beanspruchen darf, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe, auf Kassakäufe nicht, denn dann müßte dies womöglich sofort nach Abschluß des Kaufes geschehen. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß insofern eine analoge Anwendung der Grundsätze von B.G.B. § 361 und H.G.B. § 376 stattfindet, als ein sofortiges Rücktrittsrecht des nichtsäumigen Theiles der Intention der Parteien bei Kassakauf entsprechen kann, wenn nicht sofort geleistet wird. Des Ferneren wird hier B.G.B. § 326 Abs. 3 möglicherweise aushelfen.

Nr. 80. 2. Da es sich um eine besondere Vertragsberedung handelt, die das Kaufgeschäft zum Fixgeschäft macht, hat derjenige, der aus der Eigenschaft des Geschäftes als Fixgeschäft für sich Rechte herleiten will, darzuthun die Momente, aus denen sich die Eigenschaft des Kaufgeschäftes als Fixgeschäft ergiebt (O.L. Hamburg in Z. XL S. 520, R.O.H.G. VI S. 20, R.G.E. XXXVI S. 85, Keyßner in Busch IV S. 164). Insofern ist es richtig zu sagen, daß das gewöhnliche Kaufgeschäft die Regel, das Fixgeschäft die Ausnahme bildet, wenngleich es zu weitgehend wäre, aufzustellen, daß eine den Richter bindende Präsumtion für das gewöhnliche Kaufgeschäft existirt. Vielmehr hat der Richter nach der Lage des einzelnen Falles die Frage, ob ein einfaches Kaufgeschäft oder ein Fixgeschäft vorliegt, zu beantworten und wird davon selbst durch Einverständniß der beiden Parteien nicht befreit (R.O.H.G. VI S. 227). Seine thatsächliche Feststellung, daß ein Fixgeschäft vorliegt, entzieht sich der Revision (R.O.H.G. VI S. 398).

Nr. 81. 3. Die Eigenschaft des Geschäftes als Fixgeschäft wird notorisch sein, wenn die Parteien einen festbestimmten Termin, an dem, beziehungsweise eine festbestimmte Frist, innerhalb deren geleistet werden soll, aufstellen und ausdrücklich hinzusetzen, daß nachherige Leistung als Vertragserfüllung nicht mehr gelten solle.[2]) Solch' ausdrücklicher

[1]) Zur Litteratur Brauer in Busch XVIII S. 315 ff., v. Hahn zu Art. 357.

[2]) Umgekehrt schließen die Parteien den Charakter des Fixgeschäftes aus, wenn sie ernstlich als Folge der Nichterfüllung die gewöhnliche Folge des § 326 B.G.B.

Digitized by Google

Zusatz wird in der Beifügung der Erlöschungsklausel (kassatorischen) Klausel liegen oder in der ausdrücklichen Bezugnahme auf allgemeine Bedingungen, die für Geschäfte dieser Art existiren und die für Fixgeschäfte eintretenden Folgen enthalten. Er wird auch gewöhnlich liegen in Zusätzen, wie „genau, pünktlich, präcis, exakt, fix, prompt, unfehlbar, Glockenschlag . . . .", ohne daß dies gerade bindend ist. Bei Geschäften unter Kaufleuten wird für die Deutung solcher Worte auf die kaufmännischen Gebräuche nach H.G.B. § 346 zurückzugehen sein. — Fehlt es an solchem ausdrücklichen Zusatz, so können andere Umstände darauf hinweisen, daß die Parteien den Termin, beziehungsweise die Frist für eine wesentliche ansahen. Insbesondere kann der Ort, wo das Geschäft abgeschlossen wurde, in Betracht kommen. Schließen Parteien an der Börse ein Geschäft über Waaren ab, die regelmäßig Gegenstand von Fixgeschäften sind, unter Bedingungen, wie sie für Fixgeschäfte üblich sind, so wird der Richter annehmen dürfen, daß ihre Intention auf ein Fixgeschäft gerichtet war (R.O.H.G. VIII S. 236).[1]) Es kann ferner die Art der Waare den Schluß auf ein Fixgeschäft gestatten. Zwar der Umstand, daß eine Waare starken Preisschwankungen ausgesetzt ist, berechtigt allein zu solcher Annahme noch nicht, denn die meisten Waaren unterliegen solcher Schwankung und die kaufmännische Spekulation geht auf Nutzbarmachung der Schwankungen aus (R.O.H.G. IX S. 409, R.G.E. XXXVI S. 85, Adler-Clemens Nr. 1256). Ist aber die Waare gerade wegen der häufigen und schnellen Preisschwankungen notorisch Gegenstand von börsengängigen Fixgeschäften, so kann u. U. in dem Abschluß ein Fixgeschäft erblickt werden (R.O.H.G. XVI S. 292, vgl. Busch XXXIII S 341: Spiritushandel, XLV S. 366: Saisonartikel), desgl. wenn sie nur einen ganz vorübergehenden Werth hat oder wenn ihre Beschaffenheit, z. B. ihr Gewicht, gerade zu dem betreffenden Zeitpunkt für den Kaufpreis maßgebend war (Busch XXXIX S. 226). Es kann ferner der beiden Theilen bekannte Zweck des Vertrages darauf hinweisen, daß ein Fixgeschäft gemeint war, z. B. Bestellung der Konditorwaare zu einer Hochzeit. Doch ist hier vorsichtig zu verfahren. Der Umstand, daß dem Schuldner bekannt ist, der Gläubiger brauche die Leistung zu einem bestimmten Zwecke, genügt nicht ohne Weiteres (vgl. R.O.H.G. VII S. 261, XI S. 237, Busch XXXIV S. 348), ja selbst der Ausschluß der Nachfrist noch nicht (R.G.E. bei Holdheim VI S. 55). — Endlich kann das Verhältniß der beiden Theile aus früherer Zeit her oder ihr Benehmen bei Abwicklung des Geschäfts einen Maßstab für oder gegen Annahme des Fixgeschäftes abgeben, z. B. einerseits daß sie derartige Geschäfte früher notorisch als Fixgeschäfte geschlossen haben, andererseits daß der nichtsäumige Theil nachträglich die Leistung vorbehaltlos annimmt (R.O.H.G. VI S. 21, vgl. auch Busch XVII S. 299). Immer aber muß die Sachlage so liegen, daß kein Zweifel an der Natur des Fixgeschäftes bestehen kann (R.O.H.G. VI S. 22).

Der Charakter des Fixgeschäftes beruht auf Vereinbarung der Parteien. Das Nr. 82.
einseitige Interesse eines Theiles kann nicht in Betracht kommen. Das Fixgeschäft ist scharf zu scheiden von dem gewöhnlichen Kauf, bei dem der nichtsäumige Theil an der purgatio morae kein Interesse mehr hat. Diesenfalls bleiben ihm alle Rechte aus B.G.B. § 326, ohne daß er eine Nachfrist zu setzen oder eine Anzeige zu machen hat, und er ist in der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung unbeschränkt, die Vorschriften des § 376 finden auf ihn keine Anwendung.

4. Jedenfalls aber muß ein **bestimmter Termin**, beziehungsweise eine **bestimmte** Nr. 83.
Frist für die Leistung aufgestellt sein. Dabei ist nicht gerade die Angabe einer bestimmten Stunde oder eines bestimmten Kalendertages erforderlich. Es genügt, daß die Zeitbestimmung den festen Zeitpunkt sicher erkennen läßt; es können auch usancemäßige Bezeichnungen genügen, sofern sich aus den kaufmännischen Gewohnheiten eruiren läßt, daß ein fixer Zeitpunkt gemeint ist (vgl. Busch IX S. 447). Dagegen würden ganz vage Bezeichnungen wie: „umgehend", „schleunigst", „so schnell als möglich", „sogleich", „prompt" nicht genügen (R.O.H.G. III S. 288, Busch IX S. 447, XLI S. 163, Adler-Clemens Nr. 866, 1268, 1605, O.L.G. Hamburg bei Abraham

---

hinstellen (primär Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, sekundär Nachfristsetzung und Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, vgl. die Bedingungen für Lieferungsgeschäfte in Werthpapieren der Bank für Handel und Industrie bei Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte 1900 S. 76, dagegen R.G.E. XLIV S. 115, 116).

[1]) Nach den Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse § 16 gelten Zeitgeschäfte in Ermangelung einer besonderen Verabredung als fix geschlossen.

Digitized by Google

S. 166), ebensowenig „Sommer", Spätherbst" (Busch I S. 545). Nicht genügend wäre auch die Stipulirung der Leistung „Anfangs April" trotz B.G.B. § 192, denn an einer festbestimmten Zeit fehlt es hier (Busch VIII S. 200, XLV S. 366); anders, wenn Lieferung „ultimo März" vereinbart wäre; denn Ultimolieferungen sind bei Fixgeschäften gang und gäbe (vgl. auch Busch X S. 420; ob auch „Mitte Februar"? bejahend Busch VI S. 61). Ebensowenig genügen Bezeichnungen, wie „im März" (R.O.H.G. VII S. 370, 260, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 166), „successive von Woche zu Woche" (R.O.H.G. III S. 274), „in nächster Woche" (R.O.H.G. IX S. 83) — oder die Hinstellung zweier Fristen „lieferbar ultimo März und zur Absendung Anfangs April" (Busch X S. 420), „per Oktober, November, Dezember" (R.G.E. XXXVI S. 84), „binnen 5, höchstens 6 Wochen" (R.O.H.G. V S. 437), „pro Ende Dezember oder täglich" (Busch XVII S. 302). Auch Bezeichnungen, wie „spätestens bis Ende Juni", „pro zweite Hälfte Juli" (R.O.H.G. IV S. 166), „mindestens Ende Februar" (O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 521) oder dergl. lassen es an der erforderlichen Bestimmtheit fehlen (R.O.H.G. VI S. 261). Und selbstverständlich genügt nicht die Bestimmung, daß nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt zu liefern sei (Busch XII S. 16). Die Bezeichnung „bei erster offener Schiffahrt" hat das R.O.H.G. im Gegensatz zur älteren Praxis für nicht genügend erklärt (XI S. 432). — Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die feste Bestimmung vertragsmäßig von der einen Partei erst durch sogenannte Kündigung erfolgt (v. Hahn zu Art. 357 § 8), dagegen würde die Abhängigmachung des Termins lediglich von der Aufforderung einer Partei nicht genügen („sofort auf Kündigung"; bedenklich R.O.H.G. VII S. 145). An dem Charakter eines Fixgeschäftes wird auch dadurch nichts geändert, daß im Vertrage zwei feste Termine angesetzt werden, ein erster mit den gewöhnlichen Folgen des Verzuges und der Möglichkeit der purgatio morae und ein späterer mit den Folgen des Fixgeschäftes, weil auch in diesem Falle der Gläubiger nothwendig durch Eintritt des späteren Termines, des eigentlichen Fixtermines, das Recht auf Erfüllung verliert. Vgl. Staub § 376 Anm. 19 (noch weitergehend das R.G.E. Bd. XLIV S. 115, 116). Nicht entscheidend ist auch, ob der angesetzte Termin sehr entfernt, beziehungsweise die angesetzte Frist sehr weitreichend ist oder nicht. Es wird hier alles auf den Gegenstand der Leistung ankommen. Doch kann dies Moment von Bedeutung sein, insofern aus ihm ein Schluß für die betonte Genauigkeit des Zeitpunktes gewinnen läßt. Wird z. B. für die Lieferung ein sehr später Termin angesetzt, ohne daß der Grund, warum gerade er gewählt ist, ersichtlich ist, so wird dies dafür sprechen, daß dem anderen Theil an der prompten Lieferung nicht viel liegt (Brauer a. a. O. S. 323).

Nr. 84. 5. Die **Leistung des einen Theiles** soll fix bewirkt werden, d. h. entweder die Leistung des Käufers oder die Leistung des Verkäufers oder die Leistung sowohl des Käufers als des Verkäufers. Darnach lassen sich einseitige und beiderseitige Fixgeschäfte unterscheiden. Wie der Vertrag deutlich ersehen lassen muß, daß ein Fixgeschäft vorliegt, so muß er auch deutlich ersehen lassen, wessen Leistung als fixe behandelt wird. Ist vereinbart, daß fix zu liefern ist, so folgt daraus noch nicht, daß fix zu zahlen ist und umgekehrt. Möglicherweise hat der Käufer den Kaufpreis später zu zahlen; auch der umgekehrte Fall ist denkbar, daß fix zu zahlen und nicht fix zu liefern ist (vgl. O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 166). Selbst, wenn Zug um Zug zu leisten ist, folgt daraus, daß der Eine fix zu leisten hat, nicht, daß auch der Andere fix zu leisten hat. Diesenfalls brauchte derjenige Theil, der fix zu leisten hat, die Leistung nur gegen Gegenleistung vorzunehmen, aber die Folgen der Nichtleistung würden sich verschieden bemessen bei beiden Kontrahenten. Bleibt die fixe Leistung aus, so hat der andere Theil die Rechte aus § 376, bleibt die gewöhnliche Leistung aus, so hat der andere Theil die Rechte aus B.G.B. § 326. — Bestelle ich z. B. Konditorwaaren zu dem am 1. Juli stattfindenden Hochzeitsfest und zahle ich den Preis nicht bei der Lieferung, so hat der Konditor das Recht auf Erfüllung, auch ohne daß er es mir anzeigt. Umgekehrt habe ich, falls die Waare am 1. Juli nicht geliefert wird, das Recht auf Erfüllung nur, wenn ich es anzeige. — Bei Börsengeschäften wird solchenfalls freilich beiderseitiges Fixgeschäft anzunehmen sein, an welchen Fall v. Hahn zu Art. 357 § 15 denkt.

Nr. 85. Die Leistung braucht übrigens beim Verkäufer nicht nothwendig in der Lieferung am Stichtage zu bestehen, es kann ein Fixgeschäft auch des Inhaltes geschlossen werden, daß der Vertrag stehen und fallen soll mit der pünktlichen Abladung (vgl. R.G.E. XXX S. 59 ff., O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 177, Busch XLIII S. 323,

Digitized by Google

Bolze XIV Nr. 449d). Beim Käufer braucht sie nicht nothwendig in der Zahlung des Preises zu bestehen, hierhin gehört auch, daß bedungen wird, Käufer müsse die Leistung binnen bestimmter Zeit abholen (vgl. die Fälle bei Busch XV S. 183, XXXIX S. 226).

Nicht nothwendig ist, daß die ganze Leistung eine fixe sein soll. Der Verkäufer kann z. B. gehalten sein, einen Theil fix zu liefern, während für den anderen Theil möglicherweise eine bestimmte Lieferungszeit nicht vorliegt (Busch XXIII S. 368).

II. Erfolgt die fixe Leistung nicht zu der bestimmten Zeit, **so ist nach bürgerlichem Recht im Zweifel anzunehmen, daß der andere Theil zum Rücktritt berechtigt sein soll** (B.G.B. § 361), d. h. das B.G.B. legt den Willen der beiden Theile dahin aus, daß bei nicht prompter Leistung der andere Theil das vertragsmäßige Rücktrittsrecht haben solle, gleichgültig, ob das Unterbleiben der Leistung auf Verzug beruht oder nicht. Gewinnt daher der Richter aus dem Vertragsinhalt eine andere Auffassung, so cessirt die Vorschrift des B.G.B. § 361. Im Uebrigen gelten nach bürgerlichem Recht für das Fixgeschäft die allgemeinen Grundsätze von B.G.B. § 326. Der Gläubiger behält also ohne Weiteres den Anspruch auf Erfüllung und (bei mora) Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Will er die Nachleistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren, so hat er die Fristsetzung vorzunehmen. Doch ist zu beachten, daß hier meist der Fall so liegen wird, daß er kein Interesse an nachträglicher Erfüllung haben wird und somit von der Setzung der Nachfrist nach B.G.B. § 326 Abs. 2 entbunden sein wird. Auch kann die Leistungszeit einen so wesentlichen Bestandtheil der Leistung bilden, daß die spätere Leistung überhaupt nicht Leistung im Sinne des Vertrages ist, so daß mit Ablauf der Leistungszeit die Leistung unmöglich geworden ist (Kauf eines Billets zu einer Oper, die nur an dem betr. Tage gegeben wird). Diesenfalls greifen dann die Grundsätze über Unmöglichkeit der Leistung Platz (Planck zu § 326 Nr. 5, Vorbemerkung zu § 275—290 Nr. 2). Nr. 86.

Anders beim **Handelskauf. Hier ist zu unterscheiden, ob die Unterlassung rechtzeitiger Leistung ohne Verzug oder unter Verzug des Schuldners erfolgt:** Nr. 87.

a) Unterbleibt die rechtzeitige Leistung **ohne Verzug** des Schuldners[1]) — dem der diesbezügliche Exkulpationsbeweis obliegt (B.G.B. § 285) — so hat der Gläubiger das Recht der Wahl zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und dem gesetzlichen Rücktrittsrecht.[2]) Das gesetzliche Rücktrittsrecht steht ihm ohne Weiteres zu. Einer vorherigen Fristsetzung und Androhung der Ablehnung bedarf es nicht, ebensowenig einer sonstigen Anzeige an den Schuldner. Die Ausübung des Rücktrittsrechts geschieht durch Erklärung gegenüber dem Schuldner (B.G.B. § 349). Eine zeitliche Schranke für die Ausübung ist nicht gezogen, doch kann der Schuldner dem Gläubiger eine angemessene Frist für die Ausübung setzen unter dem Präjudiz des Erlöschens des Rücktrittsrechts (B.G.B. § 355). Ueber die Ausübung des Rücktrittsrechts, wenn Mehrere als Gläubiger oder Schuldner betheiligt sind, B.G.B. § 356.

Der Gläubiger hat ferner das Recht, auf Erfüllung zu bestehen. Doch bedarf es für ihn, um sich dieses Recht zu erhalten, einer sofortigen Anzeige an den Schuldner, daß er auf Erfüllung bestehe. Unterläßt er diese, so verliert er den Anspruch auf Erfüllung, gleichgültig, ob die Unterlassung auf seinem Verschulden beruht oder nicht. Hinsichtlich der Anzeige gilt das oben Nr. 34 Bemerkte. Durch die Anzeige, daß er auf Erfüllung besteht, verliert der Gläubiger das Rücktrittsrecht, durch seine wirksame Erklärung des Rücktritts umgekehrt das Recht auf Erfüllung. Er kann also nicht anzeigen, daß er sich beide Rechte vorbehalte, sondern muß das eine oder andere wählen.

Dagegen steht es ihm unbenommen, falls er das Recht auf Erfüllung durch rechtzeitige Anzeige sich gesichert hat, nachträglich, wenn der Schuldner in Verzug geräth, in Gemäßheit von B.G.B. § 326 vorzugehen.

Vergleichen wir die Rechtslage des Gläubigers bei Handelskäufen mit der bei gewöhnlichen Käufen, so ergiebt sich, daß sie bei jenen ungünstiger ist, als bei diesen. Denn bei gewöhnlichen Käufen behält der Gläubiger den Anspruch auf Erfüllung ohne Anzeige an den Schuldner. Sein Rücktrittsrecht ist hier zwar nur als vertragsmäßiges gedacht, aber das ändert an den rechtlichen Folgen nichts. Er ist in der Lage, sich

[1]) Hierher gehört auch der Fall, daß der Schuldner gestorben und für den Erben die Ausschlagungsfrist noch nicht abgelaufen ist (B.G.B. § 2014).

[2]) Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat er selbstverständlich nicht.

Digitized by Google

in aller Ruhe zu überlegen, ob ihm das Verbleiben beim Vertrage oder der Rücktritt vortheilhafter ist. Bei Handelskäufen muß er sich ungesäumt entschließen.

Nr. 88. b) Unterbleibt die rechtzeitige Leistung **in Folge Verzuges**[1]) des Schuldners, so hat der Gläubiger ein dreifaches Wahlrecht: er kann entweder vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren oder auf Erfüllung bestehen und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung beanspruchen. Während ihm aber nach bürgerlichem Recht der Anspruch auf Erfüllung verbleibt, ohne daß es einer besonderen Erklärung an den Schuldner bedarf, kann er nach Handelsrecht Erfüllung nur beanspruchen, falls er sofort nach Eintritt des Leistungstermines dem Schuldner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. Während umgekehrt nach bürgerlichem Recht er grundsätzlich eine Nachfrist setzen und Ablehnung der Leistung androhen muß — falls nicht binnen der Nachfrist mora purgirt wird —, um das Rücktrittsrecht und den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu erlangen, hat er nach Handelsrecht ipso jure das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Während er endlich nach bürgerl. Recht in der Art der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung an besondere Schranken nicht gebunden ist, ist ihm nach Handelsrecht eine Schranke dann gesetzt, wenn er als Käufer zum Deckungskauf, als Verkäufer zum Deckungsverkauf schreitet; die Durchführung des Deckungsgeschäftes ist an bestimmte Vorschriften gebunden. Ueber alle diese Punkte ist einzeln zu verhandeln:

Nr. 89. 1. **Der Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.** Das Gesetz schreibt vor, daß der Gläubiger „sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist" dem Gegner anzeige, daß er auf Erfüllung bestehe. Es muß die Anzeige also sofort erfolgen[2]) und zwar sofort nach Eintritt des Leistungstermines, nicht nach Eintritt des Verzuges. Würde also der Verzug erst nachträglich eintreten, so hätte der Gläubiger nicht das Recht, sich hierauf zu berufen, um den Anspruch auf Erfüllung sich zu erhalten; vielmehr hatte er durch Unterlassen der Anzeige zur gesetzlich vorgeschriebenen Zeit seinen Anspruch auf Erfüllung verloren. Andererseits hat die Anzeige erst nach Ablauf der Zeit oder der Frist zu erfolgen. Eine vor Ablauf der Zeit erfolgte Anzeige lediglich des Inhalts, er verlange Erfüllung, würde nicht genügen, selbst wenn sie kurz vor Ablauf geschieht, hier liegt eine einfache Mahnung vor (R.O.H.G. X S. 172, Busch XV S. 14, XVII S. 30 f.). Wenn jedoch in der vorherigen Anzeige der Gläubiger klar und deutlich zum Ausdruck bringt, er werde auf Erfüllung nach dem bestimmten Zeitpunkt bestehen oder wenn in diesbezüglichen Verhandlungen zwischen beiden Theilen vor der Fälligkeit festgestellt ist, daß der eine Theil nicht erfüllen werde und der andere Theil auf Erfüllung bestehe, so genügt auch dies (R.O.H.G. XIII S. 137, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 221, vgl. Busch XXIII S. 449, a. A. Staub § 376 Anm. 23). — Die Anzeige muß an den Gegner gerichtet sein, in welcher Beziehung das oben Nr. 34 Bemerkte Platz greift.[3]) Sie muß deutlich ersehen lassen, daß der Gläubiger auf Erfüllung bestehe. Die allgemeine Erklärung, er wahre sich seine Rechte, er mache den Schuldner für die Folgen verantwortlich, würde nicht genügen (R.O.H.G. XVI S. 291). Dagegen würde die Setzung einer neuen Frist behufs Erfüllung mit der Androhung, daß er dann die Annahme verweigern würde, als genügende Erklärung anzusehen sein, ebenso die nach dem Eintritt des Leistungstermins erfolgende Präsentation der Waare und die damit verbundene Aufforderung zur Uebernahme der Waare (Busch XXXIV S. 347).

Nr. 90. Durch die Anzeige erhält sich der Gläubiger den Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, er verliert dagegen mit der Anzeige zunächst die beiden anderen Rechte, er kann weder zurücktreten noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Doch können ihm nach bürgerlichem Recht diese Ansprüche

---

[1]) Der Begriff des Verzuges ist natürlich der des bürgerlichen Rechts. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß dem Schuldner durch die betonte Wesentlichkeit der Leistungszeit die erhöhte Pflicht erwächst, die nothwendigen Vorkehrungen zu treffen, um strikte Innehaltung der Leistungszeit herbeizuführen (R.O.H.G. I S. 265, IV S. 167).

[2]) Daß die Anzeige sofort erfolgt ist, hat der Gläubiger zu beweisen, der daraus Rechte herleitet (Busch XLI S. 164), die Behauptung gehört zur Begründung der Klage (Busch XXXI S. 304).

[3]) Welche Transportmittel der Gläubiger anzuwenden hat, ist nach Lage des Falles zu beurtheilen, u. U. kann Telegramm geboten sein (vgl. Busch V S. 330).

Digitized by Google

aufs Neue erwachsen. Verharrt nämlich der andere Theil auf die Anzeige weiter in Verzug, so kann der Gläubiger nach B.G.B. § 326 vorgehen, Frist setzen und Ablehnung der Leistungsannahme androhen. Mit Ablauf der Nachfrist stehen ihm dann Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch aufs Neue zu (R.O.H.G. IV S. 287, Busch XXIII S. 373). Unterbleibt die Anzeige dagegen, so verliert der Gläubiger den Anspruch auf Erfüllung, auch wenn die Anzeige ohne seine Schuld unterblieben ist. Er behält nunmehr bloß das Recht, zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu begehren. Der Schuldner seinerseits ist nicht mehr in der Lage, moram zu purgiren. Es hängt vom Belieben des Gläubigers ab, ob er die nachträgliche Leistung annehmen will oder nicht (R.O.H.G. IX S. 411).

2. **Das Rücktrittsrecht.** Das Rücktrittsrecht hat der nichtsäumige Theil kraft Nr. 91.
Gesetzes. Es gilt in dieser Beziehung einfach das oben unter Nr. 87 Bemerkte.[1]) Durch Ausübung des Rücktrittsrechtes verliert er sowohl den Anspruch auf Erfüllung wie den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Er hat keineswegs neben dem Rücktritt Schadensersatzanspruch.

3. Der Anspruch auf **Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Auch diesen hat Nr. 92.
der nichtsäumige Theil kraft Gesetzes, wie er durch seine Ausübung die beiden anderen Rechte verliert. Hinsichtlich der Durchführung des Anspruches gilt grundsätzlich das oben Nr. 52, 60 Bemerkte. Insbesondere hat der nichtsäumige Theil auch hier die freie Wahl zwischen abstrakter und konkreter Schadensberechnung (anders das ältere Recht für den Käufer, R.O.H.G. VI S. 226, XIV S. 8). Den Grundsatz der abstrakten Schadensberechnung stellt § 376 Abs. 2 ausdrücklich auf. Bezüglich der Einzelheiten vgl. oben Nr. 52, 53, 60. Wählt er die konkrete Schadensberechnung, so kann er den ihm im konkreten Falle durch den Verzug erwachsenen besonderen Schaden grundsätzlich in derselben Weise liquidiren, wie beim gewöhnlichen Kauf (oben Nr. 55, 63). Er ist insbesondere als Verkäufer nicht verpflichtet, zum Deckungsverkauf,[2]) als Käufer nicht verpflichtet, zum Deckungskauf zu schreiten. Wählt er aber den Weg des Deckungsgeschäftes, so sind ihm, falls die Waare markt- oder börsengängig ist, hinsichtlich der Durchführung desselben bestimmte Schranken gezogen.

a) **Der nichtsäumige Verkäufer schreitet zum Deckungsverkauf**; diesenfalls hat Nr. 93.
er den Verkauf sofort nach Ablauf der bedungenen Zahlungszeit, beziehungsweise Zahlungsfrist (nicht nach Eintritt des Verzuges)[3]) zu bewirken; er hat ihn ferner vornehmen zu lassen entweder in öffentlicher Versteigerung oder doch wenigstens durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler, beziehungsweise eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person und zwar letzterenfalls zum laufenden Preise, also in denselben Formen, wie der Verkäufer den Selbsthülfeverkauf bei Annahmeverzug des Käufers (§ 373 Abs. 2, vgl. das dort Bemerkte).[4]) Hält er sich nicht hieran, so ist der Deckungsverkauf ohne Wirkung, sein Ergebniß kann dem Ersatzanspruch nicht zu Grunde gelegt werden. Beim Deckungsverkauf, der durch öffentliche Versteigerung geschieht, kann sowohl der Verkäufer als der Käufer mitbieten, denn es soll ja nur die Höhe des konkreten Schadens eruirt werden. Erhält der Verkäufer den Zuschlag, so legt er die Differenz zwischen seinem Gebot und dem höheren Kaufpreis zu Grunde, erhält der Käufer den Zuschlag, so muß er außer der Gebotssumme dem Verkäufer die etwaige Differenz zwischen seinem Gebot und dem höheren Kaufpreis zahlen. — Einer vorgängigen Androhung des Deckungsverkaufes bedarf es nicht

---

[1]) Es läßt sich hier die Frage erheben, ob der in B.G.B. § 454 statuirte Ausschluß des Rücktrittsrechtes auch für Fixgeschäfte Platz greift. Diese Frage ist indessen gegenstandslos, da unter den Voraussetzungen des B.G.B. § 454 kein Fixgeschäft vorliegen wird.

[2]) Ob er berechtigt ist, als Verkäufer zum Deckungsverkaufe zu schreiten, entscheidet sich nach denselben Grundsätzen, wie beim gewöhnlichen Kauf (oben Nr. 58). Bei Spezieskauf würde die Berechtigung folgeweise auch hier zu verneinen sein. Doch wird solcher bei Fixgeschäften selten vorkommen. Die Denkschr. I S. 222 steht freilich auf einem anderen Standpunkte.

[3]) So beim gewöhnlichen Kauf, beziehungsweise dort nach Ablauf der Nachfrist.

[4]) Der Verkäufer braucht die Waare nicht gerade nothwendig zu besitzen, aber er muß doch thatsächlich in der Lage sein, darüber zu verfügen. Es gilt hier das oben § 373 Nr. 28 Bemerkte.

Digitized by Google

und das ökonomische Resultat trifft den Verkäufer, erzielt dieser also mehr als den bedungenen Kaufpreis, so kann er das Plus einfach behalten.

Soll der Deckungsverkauf durch öffentliche Versteigerung vorgenommen werden, so ist der säumige Käufer von Zeit und Ort der Versteigerung vorher, soweit dies thunlich ist, zu benachrichtigen. Unterbleibt dies, so hat der Verkäufer dem Käufer den diesem dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen.

In allen Fällen ist ferner der Käufer von dem vollzogenen Verkaufe — soweit dies thunlich ist — unverzüglich zu benachrichtigen; die Unterlassung verpflichtet auch hier nur zum Schadensersatz. Ueber den Ort des Deckungsverkaufes gilt grundsätzlich das oben Nr. 55 Bemerkte.

Nr. 93a. b) **Der nichtsäumige Käufer schreitet zum Deckungskauf.** Er hat dann den Kauf sofort nach Ablauf der bedungenen Lieferungszeit, beziehungsweise Lieferungsfrist (nicht nach Eintritt des Verzuges des Verkäufers) [1]) vorzunehmen. Er hat ferner zu kaufen entweder als Bieter in einer öffentlichen Versteigerung oder unter der Hand durch einen zu solchen Deckungskäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler, und zwar zum laufenden Preise. Hält er sich nicht hieran, so kann er den Deckungskauf nicht seinem Ersatzanspruch zu Grunde legen. Von wem er kauft, ist gleichgültig. Möglicherweise kann sein Gegenkontrahent der säumige Verkäufer sein. — Von dem erfolgten Kaufe hat er den säumigen Verkäufer unverzüglich zu benachrichtigen; die Unterlassung verpflichtet zum Schadensersatz. — Ueber den Ort des Deckungskaufes gilt grundsätzlich das oben Nr. 64 Bemerkte.

Nr. 94. 4. Im Falle des Konkurses des Schuldners normirt der hier nicht näher zu erläuternde § 18 der R.K.O., wenn es sich um markt- und börsengängige Waaren handelt und der Konkurs vor Eintritt der Leistungszeit eröffnet ist. Sonst greifen die oben Nr. 73 hervorgehobenen Grundsätze Platz.

Nr. 95. III. Die obigen Folgen können die Parteien dadurch beseitigen, daß sie durch gegenseitige Vereinbarung an Stelle des Fixgeschäftes einen gewöhnlichen Kauf setzen, insbesondere durch Verlängerung der Leistungsfrist auf eine nicht genau bestimmte Zeit (R.O.H.G. I S. 267, vgl. R.O.H.G. XVII S. 400, Busch XV S. 91). Sie können sie aber auch unter Beibehaltung des Charakters als Fixgeschäft durch Uebereinkommen modifiziren, z. B. dem nichtsäumigen Theil den Anspruch auf Erfüllung ohne Anzeige einräumen, (räumen sie dem säumigen Theil das Recht auf purgatio morae ein, so liegt freilich kein Fixgeschäft vor, siehe oben Nr. 81) oder umgekehrt den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von gewissen Voraussetzungen abhängig machen, z. B. daß er binnen bestimmter Frist erhoben werde und dgl. In dieser Beziehung kommen speziell ausdrückliche und stillschweigende Bezugnahmen auf Börsenusancen in Frage (R.O.H.G. V S. 183 ff., vgl. Bedingungen der Berliner Fondsbörse § 16 ff. in Z. XXXVII S. 494, vgl. XL S. 227, XLIII S. 550, freilich haben in Folge des Börsengesetzes diese Usancen ihre Bedeutung vielfach eingebüßt. Citate älterer Usancen bei v. Hahn zu Art. 357 Anm. 15). Aber auch private Geschäftsbedingungen können eine Rolle spielen (vgl. Bondi bei Holdheim VI S. 139).

Nr. 96. IV. Bei **theilweiser Leistung** sind die Grundsätze des B.G.B. § 326 zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Erfolgt somit die Theilleistung vor Eintritt des Stichtages und nimmt sie der andere Theil entgegen, so treten die in § 376 normirten Folgen am Stichtage hinsichtlich des nicht geleisteten Theiles ein. Hat jedoch durch das Ausbleiben der Restleistung am Stichtage die Erfüllung des ganzen Vertrages für den Gläubiger kein Interesse mehr, so kann er vom ganzen Vertrage zurücktreten und bei Verzug Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich des ganzen Vertrages verlangen. Hinsichtlich der Rückgewährung des empfangenen Theiles vgl. das oben Nr. 70 Bemerkte. Erfolgt Theilleistung am Stichtage, so braucht sie nicht angenommen zu werden, dem Gläubiger bleiben alle Rechte aus § 376. Nimmt der Gläubiger die Theilleistung dagegen an, so erklärt er damit, daß er auf Erfüllung besteht, verliert also dadurch Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

Nr. 97. V. Sollte der Schuldner den einen Theil früher fix liefern, während für den anderen später zu liefernden Theil eine bestimmte Lieferungszeit nicht vorgeschrieben war, so ist der Gläubiger bei Ausbleiben des fixen Theiles berechtigt, vom ganzen Vertrage zurückzutreten, beziehungsweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen

[1]) So beim gewöhnlichen Kauf, beziehungsweise dort nach Ablauf der Frist.

Digitized by Google

Vertrages zu verlangen. Es gilt hier grundsätzlich das oben Nr. 69 Bemerkte (vgl. Busch XXIII S. 368).

VI. **Aelteres Recht**: § 376 kommt zur Anwendung nur auf fixe Handelskäufe, die vom 1. Januar 1900 ab geschlossen sind. Für vorher abgeschlossene fixe Handelskäufe gilt das ältere Recht. Nr. 98.

a) Der Begriff der fixen Handelskäufe war im älteren Rechte der gleiche (Art. 357). Doch beschäftigte sich Art. 357 nur mit solchen fixen Handelskäufen, bei denen die Festsetzung einer bestimmten Zeit für die Lieferung der Waare erfolgt war, nicht mit solchen, wo die Zahlung des Kaufpreises fest terminirt war.

b) Art. 357 behandelte nur die Fälle wirklicher mora solvendi, während der Fall unverschuldeter Nichtleistung dem bürgerlichen Recht überlassen war.

c) Der Verkäufer konnte bei mora solvendi des Käufers auch hier nach Art. 357 nur durch sofortigen Selbsthülfeverkauf für Rechnung des säumigen Käufers den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung realisiren, eine abstrakte Schadensberechnung war auch hier für ihn ausgeschlossen.

d) Die Bestimmung des Abs. 3, 4 des § 376 galt nach älterem Recht nicht für den zum Deckungskauf schreitenden Käufer. —

e) Nach Art. 358 war jeder Kontrahent berechtigt, den Verzug des anderen Kontrahenten auf dessen Kosten durch einen Protest feststellen zu lassen.

Anhang.

Börsentermingeschäfte und Differenzgeschäfte.

I. **Börsentermingeschäfte.** Litteratur: Die Kommentare zum Börsengesetz von Apt, Wermuth-Brendel, Hoffmann, Kahn; ferner Bondi bei Holdheim VI S. 133 ff., Cosack § 77, Trumpler in Z. L S. 388 ff.

Für Börsentermingeschäfte gelten die besonderen Bestimmungen des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 §§ 66—69.

Als Börsentermingeschäfte definirt § 48 des genannten Gesetzes Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte in Waaren oder Werthpapieren auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt. Nr. 99.

Es handelt sich somit stets um einen Kauf oder ein kaufähnliches Geschäft (im Sinne des § 1 Nr. 40) über Waaren oder Werthpapiere, soweit sie Gegenstand des Terminhandels an einer Börse sein können, also sind z. B. ausgeschlossen Käufe über Antheile an Bergwerken und Fabrikunternehmungen nach Börsengesetz § 50 Abs. 2, über Getreide und Mühlenfabrikate nach § 50 Abs. 3 (sogenanntes unerlaubtes Termingeschäft; ob solches nichtig ist, ist bestritten. Für Nichtigkeit R.G. in D. J.Z. VI S. 73, für Gültigkeit Trumpler S. 485). Und zwar handelt es sich um ein Zeitgeschäft, demnach nicht ein Kassageschäft[1]) und zwar ein Fixgeschäft („festbestimmte Lieferungszeit") jedenfalls auf Seiten des Verkäufers.

Dieses Fixgeschäft muß unter Geschäftsbedingungen geschlossen sein, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt[2]) sind. Demnach fällt nicht unter den Begriff das sogenannte freie Termingeschäft, d. h. ein Termingeschäft, das unter Bedingungen geschlossen ist, die von anderen Personen als dem Börsenvorstand festgestellt sind, z. B. von dem Bankier, der mit

[1]) Als solches gilt an der Berliner Fondsbörse (Bedingungen § 16) auch dasjenige Geschäft, das „per morgen" oder per einige Tage (vom dritten Börsentage ab) zu erfüllen ist, ferner solche Geschäfte, bei denen die Zeit der Erfüllung nicht ausdrücklich bestimmt ist, sofern nicht aus der Sachlage mit Sicherheit hervorgeht, daß die Absicht der Kontrahenten auf ein Zeitgeschäft gerichtet ist (Kahn zu § 48 des Börsengesetzes).

[2]) Die Festsetzung kann auch stillschweigend geschehen, z. B. indem der Vorstand die früheren Usancen bestehen läßt (R.G.E. XLII S. 43 ff., a. A. Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 8).

Digitized by Google

den Kunden in Beziehung tritt oder von den Kontrahenten selbst für den einzelnen Fall (vgl. O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 220) oder die thatsächlich von Börsenbesuchern beobachtet werden, vorausgesetzt, daß die Abweichung von Erheblichkeit ist.[1]) Gleichgültig dagegen ist, ob diese Bedingungen generell für alle Termingeschäfte oder ob sie für die einzelne Branche festgestellt sind, gleichgültig auch, ob das Geschäft an der Börse oder außerhalb des Börsenlokales abgeschlossen wird, ob es im Inlande oder Auslande geschlossen wird (Börsengesetz § 68 Abs. 1), ob die Börse, deren Geschäftsbedingungen in Frage kommen, eine inländische oder ausländische ist (R.G.E. XLIV S. 56 ff., R.G. bei Holdheim VIII S. 116), ob es im Inland oder Ausland zu erfüllen ist. Es muß endlich für die an der betreffenden Börse, d. h. der für den Ort des Abschlusses maßgebenden Börse, geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgen. (Ueber den Begriff der amtlichen Feststellung Börsengesetz §§ 29 ff., 35.) Also nicht Börsentermingeschäfte sind Geschäfte über solche Waaren oder Werthpapiere, deren Zulassung von den Börsenorganen verweigert ist.

Nr. 100. Damit das Börsentermingeschäft ein Schuldverhältniß begründet, ist nothwendig, daß beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen sind[2]) oder doch als eingetragen gelten (Börsengesetz § 67). Ist auch nur eine von ihnen nicht eingetragen, so ist das Geschäft ohne rechtliche Wirksamkeit auch für den Eingetragenen, gleichgültig, ob es als Effektivgeschäft oder Differenzgeschäft gemeint war. Und zwar müssen beide Theile in ein Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen sein, es genügt nicht die bloße Eintragung ins Börsenregister überhaupt. Wer somit sich nur für bestimmte Waaren hat eintragen lassen (B.G. § 61), kann nicht Börsentermingeschäfte über andere Waaren abschließen.

Die Eintragung muß endlich zur Zeit des Geschäftsabschlusses bestanden haben. Nachherige Eintragung würde nicht nützen und nachherige Löschung nicht schaden. Daß diese Voraussetzung vorliegt, hat der zu beweisen, der aus dem Termingeschäfte Rechte herleitet. Ueber die Wirkung falscher Eintragungen § 67 des Gesetzes.

Nr. 101. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so ist das Börsentermingeschäft ohne rechtliche Wirkung, es kann daraus nicht geklagt werden und die Wirksamkeit kann auch nicht einredeweise, etwa im Wege der (gesetzlichen) Aufrechnung, geltend gemacht werden. Auch die bestellten Sicherheiten (Pfänder, Depots, Bürgschaften) und abgegebenen Schuldanerkenntnisse sind ohne rechtliche Wirksamkeit, d. h. die Unwirksamkeit des dem Schuldanerkenntniß zu Grunde liegenden Börsentermingeschäftes äußert ihre Bedeutung insoweit, als überhaupt die Ungültigkeit des Kausalgeschäftes auf das abstrakte Schuldverhältniß influenzirt. Dagegen findet eine Rückforderung dessen, was bei oder nach Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, nicht statt. Ueber den Begriff der Leistung zur Erfüllung unten Nr. 113.

---

[1]) Es war von vornherein zu erwarten, daß das Publikum diesen Weg beschreiten würde, um sich vor dem Börsengesetz zu retten und es war deshalb zweifelhaft, ob nicht das ganze Gesetz ein Schlag ins Wasser sein würde. Dennoch muß angesichts des klaren Wortlautes des Gesetzes daran festgehalten werden, daß § 48 für den Begriff des Börsentermingeschäftes maßgebend ist und es erscheint die Entscheidung des R.G. (I. Civilsenat) in E. Bd. XLII S. 43 ff., die auf alle Termingeschäfte, die Börsengeschäfte sind, den § 66 des Börsengesetzes erstrecken will, als recht bedenklich. Die Verbesserung des Gesetzes, das seinen Zweck nicht erreicht, ist Sache des Gesetzgebers. Vgl. dagegen auch Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte 1899. Der erste Civilsenat hat an diesem Standpunkt, insbesondere unter Betonung des Umstandes, ob die Geschäfte denselben schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäfts entbehrenden Charakter haben, der den in § 48 des Börsengesetzes formulirten Börsentermingeschäften eigen ist, festgehalten in der Entsch. vom 25./28. Oktober 1899 (R.G.E. Bd. XLIV S. 103). Hiergegen die treffliche Abhandlung von Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte 1900, auch Laband in der D.J.Z. V Nr. 15, Trumpler a. a. O. S. 503 ff.

[2]) Eine Ausnahme gilt nur für Personen, die in Deutschland weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung (dahin zählt auch eine Zweigniederlassung) haben. Trifft dies nur für einen von beiden Kontrahenten zu, so braucht dieser nicht eingetragen zu sein, wohl aber der Gegenkontrahent.

Digitized by Google

Liegen sie dagegen vor, so ist der Einwand, daß die Erfüllung vertragsmäßig Nr. 102.
ausgeschlossen war, nicht zulässig. B.G.B. § 764 greift nicht Platz (vgl. E.H.G.B. Art. 14, Nr. V), d. h. es ist ausgeschlossen jeder Einwand, der den aleatorischen Charakter des Geschäfts hervorkehrt, um dessen Rechtswirksamkeit in Frage zu stellen, also der Einwand, daß ein Differenzgeschäft oder ein gewöhnliches Spiel vorlag (so auch Staub bei Holdheim VI S. 71). Der Beklagte kann sich nicht darauf stützen, daß in Wahrheit gar kein Kauf, sondern nur ein Differenzgeschäft vereinbart war, er ist schlechterdings mit derartigen Einwänden ausgeschlossen, auch mit dem Einwand, daß zwar nicht Erfüllung vertragsmäßig ausgeschlossen war, daß aber der Kauf Klauseln enthalte, die ihm zugleich einen aleatorischen Charakter verleihen (a. A. Cosack S. 401, zum Theil Bondi bei Holdheim VI S. 135 ff.). Wohl aber kann er Einwendungen allgemein civilistischer Natur vorbringen, z. B. die Einrede des Irrthums, Betruges. Ja er kann auch einwenden, daß überhaupt kein ernsthaftes Geschäft vorlag, also nicht einmal Differenzzahlung erstrebt war (Bondi a. a. O.), ja auch der Einwand, daß eine gewöhnliche Wette vorlag, wird in abstracto zulässig sein, in concreto wohl aber kaum zugelassen werden.

Das Obige gilt nicht bloß von dem Abschluß der Börsentermingeschäfte, Nr. 103.
sondern auch von **„Aufträgen" zum Abschluß** solcher. Auch hier muß sowohl der Auftraggeber als der Beauftragte zur Zeit der Erklärung, beziehungsweise Uebernahme des Auftrages, eingetragen sein. Andernfalls ist der Auftrag ohne Rechtswirksamkeit, der Auftraggeber, insbesondere Kommittent kann weder auf Ausführung noch der Beauftragte auf Abnahme der Waare und Zahlung der Provision klagen, wohl aber würde das auftraggemäß mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft gültig sein können, sofern für dasselbe die Voraussetzungen des Gesetzes zutreffen. Und umgekehrt, sind beide Theile eingetragen, so kann der Kommissionär die Ausführung der übernommenen Kommission nicht deshalb weigern, ebensowenig der Kommittent die Zahlung der Provision deshalb ablehnen, weil die Kommission auf Abschluß eines Differenzgeschäftes gegangen sei.

Es gilt endlich für **Vereinigungen zum Abschlusse** von Börsentermin- Nr. 104.
geschäften (Syndikate, stille Betheiligungen), die daraus resultirenden Ansprüche der socii unter einander sind danach ausgeschlossen oder gegeben — je nachdem die Eintragung bei der Eingehung nicht erfolgt war oder erfolgt war.

Eine besondere Folge statuirt noch § 53 des Börsengesetzes. Nr. 105.

Soweit die Ungültigkeit der Börsentermingeschäfte reicht, soweit ist sie von Nr. 106.
Amtswegen zu beachten, R.G.E. XLIV S. 54.

II. **Differenzgeschäfte.** Hinsichtlich dieser normirt B.G.B. § 764. „Wird Nr. 107.
ein auf Lieferung von Waaren oder Werthpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Theile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Theiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Theil aber diese Absicht kennt oder kennen muß".

Diese weite Begriffsbestimmung läßt folgendes ersehen:

1. Als Differenzgeschäft kann nicht bloß ein Fixgeschäft, sondern Nr. 108.
auch ein gewöhnlicher Zeitkauf gelten, nicht bloß ein an der Börse sich abspielendes Termingeschäft, soweit es nicht Börsentermingeschäft im Sinne des Börsengesetzes § 48 ist (also das sogenannte freie Termingeschäft oder das unerlaubte, oben Nr. 99), sondern auch jedes sonstige auf künftige Lieferung von Waaren oder Werthpapieren gerichtete Geschäft. Gleichgültig ist auch, ob das Geschäft sich in der Form eines einfachen Kaufes oder in der Form eines Prämien- oder Prolongationsgeschäfts abspielt.[1]) — Ja es ist nicht einmal unbedingt nothwendig, daß der Vertrag wirklich auf künftige Lieferung geht. Denn wenn das Gesetz von dem Unterschiede „zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit" spricht, so ist nicht ausgeschlossen, daß die Lieferungszeit zusammenfällt mit der Vertragszeit und die Parteien, die in Ungewißheit über den Marktpreis sind, die Zahlung der Differenz vereinbaren. Jedenfalls kann ein sogenanntes Kassageschäft sehr wohl ein Differenzgeschäft sein, wenn dazu solche Geschäfte gezählt werden, die

[1]) Auch die Kommission kann unter § 764 fallen. Vgl. R.G.E. XXXIV S. 266. Gleichgültig ist, ob der Kommissionär selbst eintritt.

Digitized by Google

„per morgen" oder „per einige Tage" effektuirt werden sollen (ebenso Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 35), siehe oben Nr. 99. Nothwendig aber ist, daß das Objekt markt- oder börsengängig ist. Ein Differenzgeschäft über andere Waaren und Werthpapiere ist ausgeschlossen. Ebenso ist ein Differenzgeschäft über Grundstücke ausgeschlossen. Daß die Börsenterminegeschäfte ihrem besonderen Recht unterliegen, ist oben Nr. 99 ff. auseinandergesetzt worden.

Nr. 109. 2. Dem Differenzgeschäft ist nach dem Gesetz charakteristisch, daß entweder beide Theile bei der Vertragsschließung die Absicht hatten, „daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Theile an den gewinnenden gezahlt werden solle oder daß nur die Absicht des einen Theiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Theil aber diese Absicht kennt oder kennen muß". Danach ist nothwendig:

Nr. 110. a) Daß bei der Vertragsschließung mindestens der eine Kontrahent die sogenannte Spielabsicht hatte und der Gegenkontrahent dies wußte oder fahrlässig nicht wußte (vgl. B.G.B. § 122 Abs. 2). Faßt nach geschlossenem Vertrage der eine Theil solche Absicht oder erfährt erst nach geschlossenem Vertrage der andere Theil von dessen Absicht, so ist ein Differenzgeschäft nicht vorhanden. Doch können natürlich beide Parteien das ursprüngliche Effektivgeschäft mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludentes Verhalten in ein Differenzgeschäft verwandeln. Umgekehrt können sie durch Vereinbarung das Differenzgeschäft in ein Effektivgeschäft verwandeln; solche Verwandlung liegt in einem Prolongationsgeschäft aber noch nicht (R.G.E. XXVIII Nr. 4).

Nr. 111. b) Die Spielabsicht der Differenzzahlung muß vorhanden sein, d. h der Verkäufer beabsichtigt, nicht zu liefern, sondern bei Steigen der Waare bis zum Stichtage die Differenz zwischen Vertragspreis und höherem Preis zu zahlen, bei Sinken der Waare sich die Differenz vom Käufer ausbezahlen zu lassen. Und umgekehrt der Käufer beabsichtigt, nicht den Kaufpreis zu zahlen, sondern bei Sinken der Waare bis zum Stichtage die Differenz zwischen Vertragspreis und niederem Preis zu zahlen, während bei Steigen der Waare er die Differenz ausgezahlt erhalten soll. Es müssen also entweder Verkäufer und Käufer diese Absicht haben oder nur der Verkäufer oder nur der Käufer, in den letzteren Fällen aber muß der andere Theil dies wissen oder wissen müssen.

Nr. 112. c) Wann diese Absicht vorhanden ist, ist Thatfrage. Die Absicht kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt und zur Vertragsbestimmung erhoben sein. Beide Theile können also vereinbaren, daß Keiner einen Anspruch auf effektive Lieferung haben, sondern daß Jeder berechtigt sein solle, durch Zahlung der Differenz zwischen Schlußtag und Stichtag seiner Verpflichtungen ledig zu werden. Indessen kommen diese Fälle der ausgesprochenen (unverhüllten) reinen Differenzgeschäfte verhältnißmäßig selten vor, ja ihr Vorkommen an der Börse wird überhaupt geleugnet (vgl. Bendixen in Holdheim IV S. 105, Staub ebenda VI S. 73). Die Absicht kann ferner erklärt, ohne zur Vertragsbestimmung erhoben zu sein. Die Absicht kann endlich nicht besonders erklärt sein, aber der Zweck eines Theiles oder beider Theile kann doch lediglich auf unmittelbare Erlangung der Differenz gerichtet sein (Bericht der Börsenenquetekommission 1893 S. 132). Beim typischen Fall des an der Börse vorkommenden Termingeschäftes, das nicht Börsentermingeschäft im Sinne des Börsengesetzes ist, wird meist das Letzte der Fall sein. Hier wird gewöhnlich ohne weitere Erklärungen der Spekulant nach abgeschlossenem Termingeschäft ein Gegengeschäft (Abwicklungsgeschäft) mit einer ganz anderen Person an einem beliebigen, von seinem Ermessen abhängigen Tage zwischen Schlußtag und Stichtag vornehmen, und am Liquidationstage wird vom Liquidationsbureau durch Skontration die Erfüllung nach beiden Richtungen in Vertretung bewirkt werden. Hat A am 5. Januar per ultimo Januar von B zu 90 gekauft und steigt die Waare bis zum 25. Januar auf 95, so verkauft er möglicherweise an diesem Tage an C, verweist am Stichtage C an B und läßt sich nur die Differenz von 5 von C auszahlen. Hat umgekehrt A am 5. Januar per ultimo Januar an B zu 90 verkauft und sinkt die Waare bis zum 25. Januar auf 85, so kauft er sie möglicherweise von C zu 85, weist ultimo den C an B behufs Lieferung und läßt sich von B 5 herauszahlen (vgl. im Einzelnen Cosack S. 390, 391, Weber in Z. XLV S. 108 ff., vor Allem Trumpler a. a. O. S. 411 ff.). In Wahrheit ist hier gar nicht einmal der Unterschied zwischen Börsenkurs am Vertragstage und am Stichtage, sondern zwischen Börsenkurs am Vertragstage und am Tage des Gegengeschäfts maßgebend (Staub

Digitized by Google

bei Holdheim VI S. 73, Simon in Z. XLI S. 473). — Es fragt sich nun, ob derartige Fälle unter B.G.B. § 764 fallen. Geht man vom Wortlaut des Gesetzes aus, so würden sie nicht darunter fallen, dieser Paragraph würde dann also nur geringe Bedeutung haben (dafür auch Trumpler S. 460 ff.). Allein das Gesetz wollte doch wohl auch diese Fälle mit umfassen. Wollen die Parteien, beziehungsweise eine Partei, zwar nicht gerade ziffernmäßig die Differenz zwischen Kurs am Schlußtag und am Lieferungstag, soll aber doch die für den einen Kontrahenten bis zum Lieferungstag eintretende Preisdifferenz ausgezahlt werden, ohne daß ernsthaft unter diesen Parteien in Gemäßheit des Vertrages effektuirt werden soll, und hat der andere Theil daraufhin mit ihm kontrahirt, so ist B.G.B. § 764 anwendbar. Ueberall also, wo das Spielermoment aus der Sachlage hervortritt, wo ein „verlierender" Theil einem „gewinnenden" Theil gegenüberstehen soll, ist von Differenzgeschäften zu reden. Damit wird in Wahrheit, wie Cosack S. 400 mit Recht hervorhebt, im Gegensatz zum älteren Recht, so ziemlich der ganze freie Terminhandel an der Börse zum Differenzgeschäft gemacht (vgl. auch den Bericht der Börsenenquetekommission S. 137: „man könne doch nicht das Termingeschäft zulassen und zugleich bestimmen, daß die erkennbare Absicht, nicht effektiv zu erfüllen, das Geschäft zum Spiele mache. Denn das Termingeschäft sei ja gerade dazu geschaffen, um den Umsatz in genere zu ermöglichen"). Denn fast überall handelt es sich hier um die Absicht, die zwischen Schluß- und Stichtag eintretende Preisdifferenz auszunutzen in der Weise, daß Deckungsgeschäfte vorgenommen werden und das ursprüngliche Geschäft durch Verweisung auf den Dritten und Regulirung der Differenz (Skontration) erledigt wird, fast überall also ist der wirthschaftliche Zweck auf Spiel gerichtet (Börsenenquetekommission S. 132). Und daß diese Absicht von vornherein entweder auf beiden Seiten besteht oder doch wenigstens auf einer Seite, während sie der anderen bekannt ist oder sein muß, ist nicht minder klar. Es ist deshalb in Zukunft auch nicht erforderlich, die besonderen Umstände, aus denen solche Absicht hervorgeht, beim freien Terminhandel an der Börse darzulegen, wie dies das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen hinsichtlich des älteren Rechts gethan hat.[1]) Das B.G.B. ist weit radikaler, als die vom Reichsgericht befolgte Praxis. Denn diese suchte aus den Umständen des Falls, z. B. der dem anderen Theile bekannten schlechten Vermögenslage des Kontrahenten, dem Lebensberuf, früheren Verhalten, der Höhe der bestellten Sicherheit, Art der Buchung, Art des Objektes (Spielpapier) u. dgl. m., den Schluß auf die Vereinbarung eines echten Differenzgeschäftes zu gewinnen (vgl. Börsenenquetekommission S. 132, 133). Nach dem B.G.B. bedarf es keiner Vereinbarung über Ausschluß von Recht und Pflicht zur Effektivlieferung, die Absicht braucht nicht Bestandtheil des Vertragswillens zu sein, es genügt, daß sie dem anderen Theil bekannt ist oder sein mußte. Die Feststellung der Absicht, statt effektiver Erfüllung die Differenz zahlen zu wollen, sei es beider Theile, sei es nur eines Theiles, und letzterenfalls die Feststellung der Kenntniß des anderen Theiles vor dieser Absicht, beziehungsweise der fahrlässigen Unkenntniß genügt, um die Eigenschaft des Differenzgeschäftes zweifellos zu machen. Und diese Absicht ist beim Terminhandel nicht minder als bei der Kommission zu solchem vorhanden. Vgl. R.G.E. XXX S. 214, XXXIV S. 82 ff., 264 ff. Dabei kann die Form der Schlußscheine, die auf effektive Lieferung lauten, nicht entscheiden (R.G.E. XXX S. 31, XXXVI S. 245 ff.). Selbst der Nachweis, daß in Wahrheit nur eine Risikoversicherung bezweckt war, würde nichts nützen, denn man kann ja auch spielen, um sich zu sichern. Wohl aber wird in Zukunft wenigstens beim Kassageschäft und beim nichtbörsenmäßigen Geschäftsverkehr dem Richter obliegen, die einzelnen Umstände des Falles zu untersuchen, aus denen das Vorhandensein der Spielerabsicht sich ergiebt. Doch sind außerhalb des Börsengeschäftes die Fälle des Differenzgeschäftes zur Zeit wenig praktisch.

3. **Wirkungen des Differenzgeschäftes.** Da das Differenzgeschäft als Spiel anzusehen ist, so wird durch dasselbe eine Verbindlichkeit nicht begründet, auch die vom verlierenden Theil zum Zweck der Erfüllung eingegangene Verbindlichkeit (Anerkenntniß, Verwandlung in eine Darlehnsschuld, Ausstellung eines Wechsels) ist nicht einklagbar. Mit der Schuld aus einem Differenzgeschäft kann nicht einseitig aufgerechnet werden, das bestellte Pfand, sowie der als Sicherheit (nicht der als Pränumerationszahlung) Nr. 113.

[1]) Eine Zusammenstellung von Entscheidungen des R.G. aus der Zeit von 1884—1893, betreffend den Einwand des Differenzgeschäftes, findet sich in den Verhandlungen der Börsenenquetekommission. Sie weist ein höchst widerspruchsvolles Bild auf. Vgl. auch R.G.E. XXX S. 218, XXXIV S. 82, ferner Z. XLIII S. 379 ff.

Digitized by Google

geleistete Einschuß (R.G.E. XXXVIII S. 233 ff.) kann zurückgefordert werden, die bestellten Bürgen haben die Einrede des Differenzgeschäftes (R.G.E. XXXVIII S. 253, B.G.B. § 768), ein gewöhnliches oder kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht kann nicht geltend gemacht werden (vgl. § 369 Nr. 3). Der über das Differenzgeschäft eingegangene Vergleich, auch der gerichtliche, ist rechtsunwirksam (R.G.E. XXXVII S. 416 ff.), ebenso die vertragsmäßige Abrede, wonach die Parteien im Voraus auf Rechtsmittel verzichten (R.G.E. XXXVI S. 423), die im Differenzgeschäft getroffene Schiedsabrede (R.G.E. XXVII S. 379 ff., XXXI S. 398 ff.). Hat sich aber der Differenzschuldner auf das schiedsrichterliche Verfahren eingelassen, ohne den rechtlichen Bestand des Schiedsvertrages zu bestreiten, so liegt darin ein Verzicht auf dieses Vertheidigungsmittel (R.G.E. XXVII S. 381, XLIII S. 408). — Dagegen kann das auf Grund des Differenzgeschäftes Geleistete nicht aus dem Grunde zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat (B.G.B. § 762). Gleichgültig ist, ob die Leistung vor oder nach Eintritt des entscheidenden Zeitpunktes erfolgt ist (Unterschied vom Börsentermingeschäft, vgl. oben Nr. 101). — In welcher Form die Leistung erfolgt, ob durch wirkliche Zahlung, nachträgliche (nicht im Voraus erfolgende) Gestattung der Verrechnung (R.G.E. XXXVIII S. 238), Erlaubniß zur Realisirung des gegebenen Pfandes, Hingabe an Zahlungsstatt (R.G.E. XXXV S. 197), ist gleichgültig. Demnach würde auch Hingabe eines fremde Unterschriften tragenden Wechsels an Zahlungsstatt (nicht bloß Zahlungshalber) wirksam sein, nicht dagegen die eines nur die eigene Unterschrift tragenden Wechsels. Würde jedoch der verfügungsberechtigte Schuldner den Wechsel bezahlen, so kann die Zahlung nicht zurückgefordert werden, ebenso wenn ein Dritter ihn bezahlt (R.G.E. XXXV S. 196 ff., Holdheim VIII S. 188). Insoweit als im Kontokurrentsaldo eine nachträgliche Verrechnung liegt, ist der Begriff der Leistung gegeben (a. A., wie es scheint, Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 15, 20).[1])

Nr. 114. Ein **Auftrag zu einem Differenzgeschäft** ist an sich nicht unwirksam, denn das Spiel ist kein verbotenes Geschäft (R.G.E. XXXIV S. 266, XL S. 259), ebensowenig eine **Gesellschaft** (R.G.E. XLIII S. 150), ein **Darlehn** (Planck S. 502).[2])

Nr. 115. III. Bei **Statutenkollisionen** ist hier E.B.G.B. Art. 30 zu beachten. Demgemäß wird man in Anwendung von C.P.O. § 328 Abs. 1 Nr. 4 dem ausländischen Urtheil, das in Börsentermin- oder Differenzgeschäften ergeht, die Vollstreckung ver-

[1]) Wenn z. B. die sämmtlichen Forderungen dessen, für den ein negativer Saldo erzielt wird, auf Differenzgeschäfte zurückführten, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß durch die Feststellung des Saldos eine völlige Verrechnung dieser Posten erfolgt ist. Hat A aus Differenzgeschäften an B den Gesammtforderungsbetrag von 100000, während B ihm gegenüber aus gültigen Geschäften anderer Art den Gesammtforderungsbetrag von 110000 hat, so ist doch klar, daß durch Feststellung des Saldos in Höhe von 10000 für B eine Verrechnung und damit Leistung jener Differenzforderungen in Höhe von 100000 erfolgt ist. Schwieriger ist dagegen die Sachlage, wenn in dem Aktivsaldo auch Differenzforderungen stecken können, wenn also umgekehrt die Forderungen des Theiles, für den sich der Aktivsaldo ergiebt, auf Differenzgeschäfte zurückführen. Sind diese Forderungen sämmtlich Differenzgeschäfte, so läßt sich sagen, daß der Aktivsaldo keine klagbare Forderung erzeugt, denn nachweislich beruht er ja auf Differenzgeschäften. Sind sie nur zum Theil Differenzgeschäfte, so wird man wohl annehmen müssen, daß die Verrechnung prima facie die sonstigen Forderungen und erst in zweiter Linie die Differenzforderungen betraf, die Entscheidung wird also gegen die Klagbarkeit lauten. Nur in letzterem Punkte abweichend, im übrigen übereinstimmend Trumpler a. a. O. S. 486, 487.

[2]) Beim Darlehn ist insbesondere die Rückforderungsklage des Darlehnsgebers nicht ausgeschlossen, doch kann in der Hingabe des Darlehns ein Geschäft contra bonos mores liegen (vgl. Börsengesetz § 78), dann würde das Darlehn nichtig sein. Was den Auftrag und die Gesellschaft betrifft, so würden sie freilich dann nicht klagbar sein, wenn dies Rechtsgeschäft nur zur Umgehung des Spielverbotes geschlossen wurde. Im Uebrigen wäre die Klage jedenfalls auf Herausgabe des erhaltenen Spielgewinnes zu geben; zweifelhafter ist, ob auch auf Erfüllung, insbesondere Leistung des nöthigen Beitrages zum Zwecke der Zahlung des Spielverlustes oder des Ersatzes der behufs Zahlung des Verlustes gemachten Aufwendung geklagt werden kann. Das ist wohl richtiger Ansicht nach zu verneinen (Planck S. 503, R.G.E. XL Nr. 71, Trumpler S. 471, 472).

Digitized by Google

sagen müssen, soweit die Klagbarkeit des Geschäftes nach deutschem Rechte ausgeschlossen ist (Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 24, 58).

IV. Vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossene Börsentermin- und Differenzgeschäfte unterstehen dem alten Recht, Prolongationen, die unter der Herrschaft des neuen Rechts ergehen, fallen unter das neue Recht (R.G.E. XLIV S. 54).

§ 377.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Waare unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Waare als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Waare auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften berufen.

Entw. I § 348, II § 369; Denkschr. I S. 223, II S. 3248, A. D. H.G.B. Art. 347—350.[1])

Vorbemerkung. Der § 377 enthält das Handelsspezialrecht hinsichtlich der Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache. Er gliedert sich somit dem Titel I Abschn. VII Buch II des B.G.B. und zwar dem Untertitel II („Gewährleistung wegen Mängel der Sache") §§ 459—480 ein. Am nächsten steht er den §§ 460, 464 des B.G.B. Nach B.G.B. § 460 hat der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Bei durch grobe Fahrlässigkeit des Käufers verursachter Unkenntniß haftet er nur für Arglist oder für Zusicherung (dicta et promissa). Nach B.G.B. § 464 verliert der Käufer, der die mangelhafte Sache trotz Kenntniß des Mangels annimmt, die Wandelungs-, Minderungsklage und die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen den Verkäufer, wenn er sich nicht seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält. Nr. 1.

Der § 377 erweitert den Schutz des Verkäufers. Auch wenn der Käufer den Mangel beim Abschluß des Kaufes weder kannte noch kennen mußte, auch wenn er die mangelhafte Sache in Unkenntniß des Mangels annahm, verliert er seine Rechtsmittel gegen den Verkäufer, wenn er nicht der ihm vom Gesetz auferlegten Untersuchungs- und Rügepflicht nachkommt, es sei denn, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Dem Käufer werden also — will er sich die ihm durch das bürgerliche Recht gewährten Rechtsbehelfe bewahren — besondere Pflichten auferlegt. Der § 377 setzt für ihn nicht ein anderes Recht an Stelle des bürgerlichen Rechts, sondern er fügt den vom bürgerlichen Recht aufgestellten Schranken eine neue Schranke hinzu. Daraus folgt, daß in allen Fällen, wo nach bürgerlichem Recht dem Nr. 2.

[1]) Litteratur: Wolff, Die kaufmännische Dispositionsstellung in Busch's Archiv XV S. 301—343, Gareis, Das Stellen zur Disposition, Würzburg 1870; Derselbe in Endemanns Handb. II S. 671 ff.; Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare I 1883 S. 199 ff., II 1884 S. 1 ff.; v. Hahn und Gareis-Fuchsberger zu Art. 347—350; v. d. Leyen in Z. XVI S. 86, Cosack § 39; Stübel im Sächs. Archiv f. d. R. X S. 405 ff.

Digitized by Google

Käufer der Anspruch auf Wandelung, Minderung, Schadensersatz u. s. w. wegen Mängel der Sache versagt ist, er auch dem Käufer nach Handelsrecht nicht zustehen kann, (z. B. nicht, wenn er den Mangel beim Abschlusse des Kaufes kannte). Der Käufer wird somit nie in der Lage sein, gegenüber dem bürgerlichen Recht sich auf § 377 des H.G.B. zu berufen. Wohl aber ist der Verkäufer, der nach bürgerlichem Recht für den Mangel der gelieferten Sache Gewährschaft leisten muß, in der Lage, diese Gewährschaft abzulehnen, wenn die Voraussetzungen des § 377 vorliegen. § 377 ist für den Käufer ein privilegium odiosum, für den Verkäufer ein privilegium favorabile.

Nr. 3. Das privilegium favorabile des Verkäufers, das odiosum des Käufers konzentrirt sich auf einen Punkt. **Das Gesetz fingirt Genehmigung des Mangels** und damit Ausschluß der Geltendmachung von Rechtsmitteln bei Unterlassung gewisser Pflichten seitens des Käufers. Weitere Sonderfälle stellt es nicht mehr auf. Es schneidet nicht mehr — wie das alte H.G.B. — nach Ablauf gewisser Frist seit der Ablieferung der Waare an den Käufer die Geltendmachung von Mängeln ab, noch gewährt es eine eigenthümliche Verjährung von Klagen und Einreden. Vielmehr greift in allen diesen Beziehungen bürgerliches Recht Platz. Freilich verbessert die rechtzeitige Mängel-Anzeige die rechtliche Lage des Käufers hinsichtlich der Wirkungen der Verjährung, insofern der Käufer dann auch nach Vollendung der Verjährung durch Vorschützen der exceptio redhibitoria oder quanti minoris die Zahlung des Kaufpreises verweigern darf.[1]) Aber diese Verbesserung tritt kraft bürgerlichen Rechts (B.G.B. § 478), nicht kraft Handelsrechts ein. — Ebensowenig will das Handelsgesetz irgend etwas an den Sätzen des B.G.B. über die allgemeinen Voraussetzungen der Gewährleistung wegen Mängel, über die Wahl der Rechtsmittel, über deren Wirkungen und deren Durchführung ändern. Einzig und allein die Vorbedingungen für die Geltendmachung der nach bürgerlichem Recht dem Käufer zustehenden Rechtsmittel vermehrt das Gesetz um eine — die rechtzeitige Rüge des Mangels — zu Ungunsten des Käufers.

Nr. 4. Die gesetzgeberische ratio des dem Verkäufer gewährten Privilegs ist nach den Motiven zum Preuß. Entw. des A. D. H.G.B. S. 141 eine doppelte: Einerseits soll der Verkäufer nicht allzu lange in Ungewißheit bleiben, ob das Geschäft ordnungsgemäß erledigt ist, da er sonst anderweit über die Waare hätte verfügen können (R.O.H.G. 1 Nr. 43, XI S. 66, 100, XIV S. 56, XV S. 271) und da ihm — zumal bei veränderlicher Waare — der Beweis, daß vertragsmäßige Qualität geliefert worden ist, sonst erschwert wird (R.O.H.G. X S. 270, XIV S. 67). Andererseits soll verhütet werden, daß der Käufer vom wechselnden Kurs innerhalb der Verjährungszeit unlauteren Vortheil zieht, indem er bei Steigen des Kurses auf die Geltendmachung der Mängel verzichtet, bei Sinken des Kurses sich nachträglich auf Mängel beruft, um vom Vertrage loszukommen (R.O.H.G. XXI S. 260) oder indem er je nach dem Kurs das Wandelungs- oder Minderungsrecht gebraucht.[2]) Der erstere Gesichtspunkt trifft auf jeden Verkäufer, ob er Kaufmann oder Nichtkaufmann ist, ob das Geschäft für ihn ein Handelsgeschäft ist oder nicht ist, zu; der zweite versagt, wo die Waare nicht in Spekulationsabsicht, sondern zum Ge- oder Verbrauch oder zu dauernder Anlage gekauft wird. Die Kombination beider Gesichtspunkte führt logisch dazu, das Privileg jedem Verkäufer dann zu Gute kommen zu lassen, wenn das Geschäft für den Käufer ein Handelsgeschäft ist. Aber weder das alte noch das neue H.G.B. haben diese Schlußfolgerung gezogen. Jenes hat den Geltungsbereich des Privilegs über die ratio erweitert, indem es in allen Fällen, wo das Geschäft nur auf einer Seite (sei es auch nur des Verkäufers) ein Handelsgeschäft war, also auch für den Käufer-Konsumenten Untersuchungs- und Rügepflicht vorschrieb. Das neue Gesetzbuch engt ihn umgekehrt gegenüber der ratio ein, indem es nur für den Verkehr unter Kaufleuten das Privileg statuirt, somit

---

[1]) B.G.B. § 478 entsprechend dem alten Art. 349 Abs. 3 des H.G.B., jedoch mit sachlicher Aenderung. Ebenso kann er nach B.G.B. § 479 nur unter dieser Voraussetzung zur Kompensation den verjährten Schadensersatzanspruch verwenden.

[2]) Besonders wichtig ist dies wegen des nach bürgerlichem Recht dem Käufer zustehenden Variationsrechts zwischen Wandelung und Minderung (B.G.B. § 462). Denn, wenn nach B.G.B. § 466 der Verkäufer den Käufer, sobald dieser ihm gegenüber einen Mangel der Sache behauptet, unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern kann, ob er Wandelung verlangt — so kann Käufer diese Eventualität vermeiden, indem er schweigt. Das verhütet die durch § 377 auferlegte Rügepflicht.

Digitized by Google

dem verkaufenden Landwirth gegenüber dem spekulirenden Kaufmann den Schutz versagt. Anzuerkennen ist, daß das neue Gesetzbuch damit seinem Grundsatze, das Handelsrecht möglichst zum Kaufmannsrechte umzustempeln, treu geblieben ist, und daß die Realisirung der Forderung, dem Kaufmann als Käufer stets die Untersuchungspflicht aufzuerlegen, eine einseitige Härte gegen den Kaufmann involviren würde. Aber gefragt werden darf, ob es unter diesen Umständen nicht zweckmäßiger gewesen wäre, es beim alten Recht zu lassen, das einerseits den Produzenten als Verkäufer gegenüber dem Kaufmann, andererseits den Händler, der unmittelbar an den Konsumenten verkauft, gegenüber seinem Vormann, an den er Regreß zu nehmen in der Lage war, schützte.

A. Die dem Erwerber auferlegten Pflichten der **Untersuchung** und **Rüge** greifen nach § 377 unter folgenden Voraussetzungen Platz: Nr. 5.

1. **Es muß sich um einen Kauf von Waaren und Werthpapieren** (vgl. darüber oben S. 97) **oder um einen Werklieferungsvertrag** (B.G.B. § 651) **handeln**, gleichgültig ob bei letzterem eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache herzustellen ist (vgl. unten § 381). Auch auf Tausch wird man sie Anwendung finden lassen müssen. Denn wie B.G.B. § 515 die Vorschriften über den Kauf auf den Tausch ausdehnt, so ist auch die ratio des § 377 für diesen gleich zutreffend und es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb hier für das Handelsrecht ein Anderes gelten sollte, als für das bürgerliche Recht (a. A. Adler-Clemens Nr. 1574). Handelt es sich um ein sog. uneigentliches Barattogeschäft, so liegen ohnehin zwei Kaufgeschäfte vor (R.O.H.G. V S. 419 ff.). — Dagegen gelten sie nicht für den Fall des gewöhnlichen Werkvertrages,[1]) bei dem der Besteller entweder den Stoff liefert oder die fertige Sache zur Reparatur übergiebt. Hier hat es bei den Vorschriften des B.G.B. sein Bewenden, welches eine Untersuchungs- und Rügepflicht des Bestellers nicht statuirt (vgl. auch schon Busch XVIII S. 87, R.G.E. XXV Nr. 22, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XV S. 228). Wieweit die bona fides den Besteller hier verpflichtet, dem Unternehmer von vorgefundenen Mängeln Anzeige zu machen, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Nicht ausgeschlossen ist auch die Anwendbarkeit des § 346, falls Besteller und Unternehmer Kaufleute sind; es kann diesenfalls nach den bestehenden Handelsgebräuchen längeres Stillschweigen des Bestellers als Genehmigung gelten. — Sie gelten ferner nicht für Leiheverträge (Bolze XV Nr. 377), für Gesellschaftsverträge, z. B. für den Fall des Illationsvertrages (vgl. oben bei § 111 Nr. 2, auch R.O.H.G. IV S. 338) oder umgekehrt den der Auseinandersetzung. Zwar läßt B.G.B. § 757 bei Zutheilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen der Theilhaber die übrigen Theilhaber diesem wegen eines Mangels in der Sache wie ein Verkäufer Gewähr leisten, aber der dem § 377 zu Grunde liegende gesetzgeberische Gedanke, die Ungewißheit des Veräußerers darüber, ob der Destinatär die Waare genehmige, zu beseitigen, trifft hier nicht zu. Der Spezialrechtssatz des § 377 wird vom B.G.B. § 757 nicht ergriffen. Auch für den Fall der Hingabe an Zahlungsstatt (B.G.B. § 365) sind sie nicht anwendbar, und ebensowenig lassen sich die Fälle des B.G.B. § 493 ihnen ohne Weiteres unterstellen. Wieweit sie auf das Verhältniß zwischen Kommittenten und Kommissionär zu erstrecken sind, ist bei § 391 auszeinanderzusetzen.

Gleichgültig ist, ob der Kauf vertretbare oder unvertretbare Sachen zum Gegenstand hat, ob er ferner Gattungskauf oder Spezieskauf ist. Denn, wie das Wort „Waare" sich auf vertretbare und nicht vertretbare Sachen bezieht, so hebt § 381 Absatz 1 die Anwendbarkeit des Satzes auf den Kauf von Werthpapieren, der gewöhnlich ein Gattungskauf sein wird, § 381 Abs. 2 umgekehrt die Anwendbarkeit auf den Werklieferungsvertrag, dessen Objekt eine nicht vertretbare Sache ist, hervor. In der That trifft, wie v. Hahn zu Art. 347 § 2 bemerkt, die ratio des Gesetzes auf beide Fälle gleichmäßig zu. Nur für den Viehkauf greift § 377 nicht Platz. (Darüber bei § 382.) Ebenso fällt der bedingte Kauf einschließlich des Kaufes auf Probe unter § 377. Nr. 6.

Gleichgültig ist ferner, ob der Kauf Distanzkauf oder Platzkauf ist. (Ueber den Begriff des Distanzkaufes bei § 379.) Hierin liegt eine wesentliche Abweichung vom älteren Recht, das nur für den Fall der Uebersendung der Waare von einem anderen Ort die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers statuirte. Nach dem neuen Recht ist distantia loci für den Entlassungsakt des Verkäufers und den Annahme- Nr. 7.

[1]) Werthvoll wird solche Rüge auch hier sein, weil die §§ 478, 479 des B.G.B. auf den Werkvertrag ausgedehnt sind. B.G.B. § 639 Abs. 1.

Digitized by Google

akt des Käufers nicht mehr Begriffserforderniß. Die Untersuchungs- und Rügepflicht gilt auch, wenn die Waare am selben Ort dem Käufer abgeliefert wird, sei es, daß der Verkäufer sie dem Käufer vom Geschäft ins Haus sendet oder daß der Käufer sie selbst holt, ja selbst unmittelbare Uebergabe im Laden an den Käufer oder dessen Vertreter wird vom § 377 betroffen, nur daß hier der Natur der Sache nach die nachträgliche Reklamation sich auf nicht bei der Uebergabe erkennbare Mängel beschränken muß (darüber unten Nr. 30). Sie gilt ferner bei Verschickung der Waare nicht bloß dann, wenn der Transporteur der Waare eine dritte, sei es vom Verkäufer, sei es vom Käufer, beauftragte Person ist, die ihrerseits an den Käufer abzuliefern hat, sondern auch dann, wenn der Transporteur zur Empfangnahme der Waare bevollmächtigter Vertreter des Käufers ist, so daß die Uebergabe an ihn als Uebergabe an den Käufer erscheint, in Wahrheit also ein Platzgeschäft vorliegt (vgl. R.O.H.G. V S. 397, R.G.E. VI S. 61, Busch XXXVI S. 204, Hanausek I S. 241 ff.). In diesen Fällen kann der Moment der „Ablieferung durch den Verkäufer" sich verschieden gestalten und damit die Frist für die Reklamation beeinflußt werden, aber die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 377 ist nicht ausgeschlossen.

Nr. 8. 2. **Der Kauf muß zu Stande gekommen sein,** der Kaufantrag des Verkäufers muß vom Käufer angenommen sein (B.G.B. § 151). Indem § 377 für die Gewährschaftspflicht des Verkäufers wegen Mängel eigenthümliche Beschränkungen aufstellt, setzt er voraus, daß die Eigenschaft der Parteien als Verkäufer und als Käufer gegeben ist. Keine Anwendung findet somit § 377 auf den Fall der Zusendung unbestellter Waaren (Seuffert LVI Nr. 98). Denn hier ergeht erst seitens des Zusenders ein Antrag auf Abschluß eines Kaufvertrages. Dieser Antrag bedarf — soll ein Kaufvertrag zu Stande kommen — der Annahme seitens des Empfängers, die durch ausdrückliche Worte oder konkludentes Verhalten erfolgen kann. Wieweit im bloßen Schweigen seitens des Empfängers eine Annahme liegt, ist jedenfalls nicht aus § 377 zu entnehmen. Das in § 377 Abs. 2 aufgestellte Präjudiz der Genehmigung bei unterlassener rechtzeitiger Anzeige von Mängeln läßt sich nicht analog auf den Fall des Schweigens des Empfängers unbestellter Waare ausdehnen. Vielmehr regelt sich diese Frage nach durchaus selbständigen Grundsätzen (vgl. bei § 346 Nr. 7). Ebensowenig greift § 377 für den Fall eines nichtigen Kaufvertrages Platz; anders bei anfechtbaren Käufen, solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, unterstehen sie dem § 377. Handelt es sich um einen suspensiv bedingten Kauf, so muß die Suspensivbedingung eingetreten sein, bei Kauf auf Probe also die Billigung des Käufers stattgefunden haben (B.G.B. §§ 495, 496, R.O.H.G. X S. 144).

Nicht nothwendig ist dagegen, daß der Kauf vor Empfang der Waare seitens des Käufers zu Stande gekommen ist. Nimmt der Empfänger unbestellter Waaren die Kaufofferte an oder bestätigt er den nichtigen Kauf, so tritt er damit unter § 377. Hier kann es sich nur fragen, von welchem Moment ab seine Untersuchungs- und Rügepflicht zu datiren ist, eine Frage, die später zu erörtern ist.

Nr. 9. 3. **Der Kauf muß für beide Theile ein Handelsgeschäft sein,** § 377 findet nur Anwendung im Verkehr unter Kaufleuten als solchen. Dies ist eine weitere wichtige Abweichung vom alten H.G.B. Demnach untersteht weder das konsumirende Publikum gegenüber dem kaufmännischen Verkäufer noch umgekehrt der kaufende Kaufmann gegenüber dem verkaufenden Landwirth der Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377.

Die Thatsache, daß ein ordentlicher Kaufmann es nicht unterläßt, die ihm gelieferte Waare sofort zu untersuchen, um sich von der vertragsmäßigen Beschaffenheit derselben zu überzeugen und daß er von den vorgefundenen Mängeln ungesäumt dem Verkäufer Nachricht giebt (Mot. zum preuß. Entw. des A.D.H.G.B. S. 141), kann somit in Zukunft, wenn der Käufer Kaufmann, der Verkäufer Nichtkaufmann ist, nur als nicht unwichtiges Moment für die richterliche Schlußfolgerung, daß im Verhalten des Erwerbers eine Genehmigung zu erblicken sei, eine Rolle spielen. Ein ausschlaggebendes Gewicht ist ihr nicht beizumessen. Fehlt es an weiteren Momenten, welche diese Schlußfolgerung zu unterstützen vermögen, oder sprechen geradezu andere Thatsachen gegen die Genehmigungsabsicht des kaufmännischen Käufers, so kann für den letzteren aus der unterlassenen Untersuchung eine nachtheilige Folge nicht hergeleitet werden. Der Richter würde wider das Gesetz verstoßen, wenn er auf Grund jener Thatsache dem vom Landwirth kaufenden Kaufmann die Unterlassung der Untersuchung als Pflichtwidrigkeit mit dem Präjudiz der Genehmigung oder auch nur mit der Folge der Schadensersatzpflicht anrechnen wollte. Man mag dieses Resultat de lege ferenda mißbilligen, aber de lege

Digitized by Google

lata läßt sich daran nicht rühren. Und das Gleiche gilt in verstärktem Maße für den Fall, daß der Verkäufer Kaufmann, der Käufer Nichtkaufmann ist.[1])

Gleichgültig ist, ob die Kontrahenten Vollkaufleute oder Minderkaufleute sind. Der Satz gilt also nicht bloß im Verhältniß der Grossisten untereinander, sondern auch im Verhältniß des Grossisten zum Detaillisten. — Das Geschäft muß ein Handelsgeschäft sein im Moment des Abschlusses. Nachträglicher Erwerb der Kaufmannsqualität erzeugt ebensowenig die Pflichten des § 377, als nachträglicher Verlust sie beseitigt.

4. Es muß sich um einen **Mangel** der Waare handeln. Da § 377 nur hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel der Sache Sonderbestimmungen trifft, so bestimmt sich der Begriff des Mangels nach den allgemeinen Gesichtspunkten des bürgerlichen Rechts. Es handelt sich also entweder um „Fehler, die den Werth oder die Tauglichkeit (der Sache) zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, wobei eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommt", oder um das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften (B.G.B. § 459). § 377 hat also nur Mängel in der Eigenschaft der Waare im Auge (**Qualitätsmängel**); er stimmt hierin mit Art. 347 des alten H.G.B. überein (vgl. R.O.H.G. II S. 382, VI S. 165 ff.). Er bezieht sich somit nicht (vgl. zum folgenden Hanausek I S. 251 ff.) Nr 10.

a) auf den Fall, daß statt der gekauften Waare eine andere geliefert wird, eine alia res. Hierüber normirt § 378; Nr. 11.

b) auf den Fall, daß überhaupt nichts geliefert wird, die Kiste z. B., in der die Waare enthalten sein soll, leer ist, der Wein aus dem Faße unterwegs ausgelaufen ist (Busch XVII S. 288) oder daß nur eine Scheinlieferung vorliegt, z. B. das gelieferte Werthpapier ist gefälscht oder für kraftlos erklärt (R.O.H.G. XI S. 46). Das Unterlassen der Untersuchung und Rüge kann hier das Präjudiz der Genehmigung für den Käufer unmöglich mit sich führen. Dagegen ist es wohl möglich, daß nach den Grundsätzen der bona fides der Käufer, der es unterläßt, dem Verkäufer hiervon Anzeige zu machen, demselben für den aus der Unterlassung der Notifikation erwachsenden Schaden ersatzpflichtig wird; Nr. 12.

c) auf den Fall, daß der Verkäufer hinsichtlich der Preisansätze wider die Kaufabrede verstößt, also in der Faktura oder den sonstigen Begleitpapieren höhere Preise notirt, oder die Zahlungsmodalitäten hinsichtlich Zeit, Ort u. s. w. zu seinen Gunsten abändert, oder statt Zahlung in Wechseln Baarzahlung verlangt u. s. w. (R.O.H.G. II S. 382, VI S. 166, Adler-Clemens Nr. 1142). Wie der Käufer wegen nachträglich entstandener Preisdifferenzen die Waare überhaupt nicht zurückweisen darf, sondern — falls er sich mit dem Verkäufer nicht gütlich einigen kann — den Rechtsweg beschreiten muß, so entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen, wie er sich hinsichtlich der Wahrung seiner Rechte zu verhalten hat. Nicht einmal im Wege analoger Anwendung des § 377 läßt sich aus der bloßen Unterlassung sofortiger Reklamation seitens des Käufers dessen Genehmigung zur Preisüberschreitung folgern (Busch IV S. 452, a. A. R.O.H.G. I Nr. 43). Die ratio des § 377 trifft auf diesen Fall überhaupt nicht zu. Vgl. hierzu Hanausek, Haftung I S. 252 f., derselbe, Fakturen und Fakturaklauseln S. 30, 33, 34, 41—57, 86 ff.; Nr. 13.

d) auf den bei Distanzgeschäften vornehmlich praktischen Fall, daß der Verkäufer nicht am gehörigen Orte abliefert. Der Käufer kann diesenfalls die Annahme der Waare ablehnen, oder er kann die Waare annehmen, ohne seine Ansprüche auf Schadensersatz wegen der Vertragswidrigkeit des Verkäufers aufzugeben. Auf beide Eventualitäten läßt sich § 377 nicht anwenden. Das Recht des Käufers, den Empfang der am ungehörigen Ort angebotenen Waare abzulehnen, wird nicht dadurch verwirkt, daß er es unterläßt, dem Verkäufer unverzüglich davon Anzeige zu machen, daß er den Empfang der Waare ablehne; in seinem momentanen Schweigen liegt nicht ohne Nr. 14.

[1]) Staub § 377 Anm. 154 ff. will freilich auch für den einseitigen Handelskauf das Prinzip des § 377 in abgeschwächter Form gelten lassen, aber aus Gründen, die höchst bedenklich sind. Eine Rücksichtnahme der Kunden insbesondere auf den kaufmännischen Gegenkontrahenten kann nicht verlangt werden. Ob sich umgekehrt nicht bei den Kaufleuten die Pflicht zu unverzüglicher Untersuchung auch dann, wenn sie von einem Nichtkaufmann kaufen, forterhalten wird, ist eher zweifelhaft. Besteht nach dem Gesetz solche für den Fall, daß der Gegenkontrahent Kaufmann ist, so liegt die Ausdehnung auf den anderen Fall, daß er Nichtkaufmann ist, sehr nahe.

Digitized by Google

Weiteres eine Genehmigung der Vertragswidrigkeit des Verkäufers. Dagegen verlangt die bona fides, daß er eine solche Mittheilung nicht zu lange hinausschiebt. Nach Lage der Sache wird in seinem fortgesetzten Schweigen häufig Genehmigung der Vertragswidrigkeit zu erblicken sein — und auch, wo dies nicht der Fall ist — wird er sich dadurch gegenüber dem Verkäufer schadensersatzpflichtig machen.

Umgekehrt giebt der Käufer durch Empfangnahme der an ungehörigem Orte angebotenen Waare nicht ohne Weiteres Ansprüche auf Schadensersatz wegen der Vertragswidrigkeit des Verkäufers (z. B. durch die ihm nunmehr erwachsenden Transportkosten) auf. Er braucht sich seine Rechte gegen den Verkäufer bei der Annahme weder vorzubehalten noch sofort von der Vertragswidrigkeit Mittheilung zu machen. Weder trifft die ratio des § 377 hier zu, noch läßt sich aus der bona fides aus dem (auch längeren) Schweigen des Käufers ein Präjudiz der Genehmigung entnehmen, wie überhaupt das Interesse des Verkäufers durch Unterlassung der Reklamation hier meist nicht geschädigt sein wird (Hanausek I S. 256);

Nr. 15. c) auf den Fall, daß der Verkäufer **nicht zu gehöriger Zeit liefert**. Liefert der Verkäufer vertragswidrig **vor** der Zeit (vgl. hierzu B.G.B. § 271), so kann der Käufer die Empfangnahme ablehnen, oder er kann die Waare annehmen, ohne den Anspruch auf Ersatz des ihm dadurch erwachsenden Schadens (z. B. durch Lagerung der Waare) zu verlieren. In beiden Fällen gilt das zu d) Bemerkte analog, § 377 läßt sich hierauf nicht anwenden.

Liefert der Verkäufer **zu spät**, so greifen, wenn darin ein Verzug der Leistung auf Seite des Verkäufers liegt, die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. § 326, H.G.B. § 376 Platz. Auf die Geltendmachung der ihm danach zustehenden Rechte kann § 377 auch nicht analog angewendet werden (Bolze XXI Nr. 481; vgl. bei § 376 Nr. 46, 38);

Nr. 16. f) auf den Fall, daß eine andere als die bedungene **Menge** von Waaren (Mehr oder Weniger) geliefert ist. Hierüber bei § 378. Doch kann ein Quantitätsmangel zugleich ein Qualitätsmangel sein. Liegt in dem **Zuviel** oder **Zuwenig** an Zahl, Maaß oder Gewicht der Waare zugleich ein den Werth oder die Tauglichkeit der Waare beeinträchtigender Fehler im Sinne von B.G.B. § 459, so ist die unmittelbare Anwendbarkeit des § 377 gegeben. Dies gilt nicht bloß dann, wenn der Umfang oder das Gewicht des einzelnen Stückes für dessen Werth selbständige Bedeutung hat (Tuch von bestimmter Breite), sondern auch dann, wenn die Absetzbarkeit der Waare im Ganzen von der usancemäßigen Zahl der Stücke bedingt ist. Zur Judikatur Busch IX S. 360: Eichener Pfahl von 42′ Länge und 10″ Dicke nicht Theil eines Pfahles von 44′ Länge und 14″ Dicke, sondern Pfahl von anderer Beschaffenheit, Busch X S. 422 flg.: Halbleinen von geringerer Breite, als die früher gelieferten, Busch XI S. 339 ff.: Sarsinet von $^{9}/_{8}$ Berliner Elle Breite statt von $^{10}/_{8}$ Breite, R.O.H.G. XV S. 303: Länge des Tapetenpapieres kann einen Qualitätsmangel darstellen, wenn sie auf die Verwendbarkeit zum Tapetendruck von Einfluß wäre, R.O.H.G. XV S. 412 ff.: Fadenlänge der Garnbündel, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 212 (H. G.Z. IX S. 90): Gläser mit Makrelen in Oel, die nicht den vereinbarten Raumgehalt haben, Stücke Schlachtvieh, welche nicht das kontraktlich zugesicherte Schlachtgewicht haben. Vgl. Bolze XV Nr. 372, 373, IV Nr. 724. Ueberhaupt hat der ganze Unterschied zwischen Quantitäts- und Qualitätsmängel durch § 378 an Bedeutung verloren;

Nr. 17. g) auf den Fall, daß die Waare nicht **vorschriftsmäßig übersendet** ist, z. B. unfrankirt statt frankirt, per Eilgut statt als Frachtgut, durch einen anderen Spediteur oder Frachtführer, als den vereinbarten, mit anderen Begleitpapieren (Bolze XIX Nr. 574, vgl. Bolze IV Nr. 714), mit Steuer belastet statt steuerfrei (Bolze VIII Nr. 499). Hieraus kann der Verkäufer dem Käufer schadensersatzpflichtig werden (B.G.B. § 447 Abs. 2), aber hinsichtlich der Geltendmachung der Ansprüche des Käufers greift nicht § 377, sondern das allgemeine bürgerliche Recht Platz. Auch die **Art der Verpackung** wird meist unter diesen Gesichtspunkt fallen (Bolze XXI Nr. 482), kann sich aber auch als **Qualitätsmangel** darstellen (R.O.H.G. XI S. 106: Holzkistchen à 100 Stück Griffel, Cigarrenkistchen à 50 Stück Cigarren u. s. w. Vgl. Bolze IV Nr. 724, VIII Nr. 500, XII Nr. 457, XIV Nr. 425; vgl. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVI S. 179;

Nr. 18. h) auf sonstige Fälle **von vertragswidrigem Verhalten des Verkäufers**, insbesondere nicht auf den Fall, daß der Verkäufer seiner Verpflichtung zuwider handelt, die Waare **frei von Rechten** Dritter zu verschaffen (B.G.B. § 434, vgl. auch O.L.G. Hamb. in Z. XXXVIII S. 213) oder daß er sonstige Zusagen, die

Digitized by Google

mit der Sache unmittelbar nichts zu thun haben, bricht. (Vgl. Fälle bei Bolze IV Nr. 714, VIII Nr. 499, XII Nr. 468.)

Im Uebrigen ist es gleichgültig, ob der Mangel in einem Fehlen der vom Verkäufer zugesicherten oder in einem Fehlen der nach Gesetz erforderlichen Eigenschaften besteht, ob der Werth der Sache dadurch nur gemindert oder ob er aufgehoben wird. Auch wenn damit die Waare aufhört, Handelsgut mittlerer Art und Qualität zu sein, greift § 377 Platz, sofern nicht ein aliud vorliegt. Gleichgültig ist auch, ob der Verkäufer den Mangel kannte oder nicht, es sei denn, daß er ihn arglistig verschweigt. Es ist ferner gleichgültig, ob der Mangel der ganzen Waare oder nur einem Theil derselben anhaftet. Im letzteren Falle kann es sich höchstens fragen, ob die theilweise Mangelhaftigkeit den Käufer berechtigt, Wandelung hinsichtlich der ganzen Waare oder nur hinsichtlich der mangelhaften Stücke zu begehren, worüber B.G.B. § 469 normirt. Die Mängelanzeige bleibt dadurch unberührt. Selbstverständlich ist, daß der Mangel nicht bloß ein ganz unerheblicher sein darf (B.G.B. § 459 Abs. 1 Satz 2)[1]), und daß überhaupt nicht sonstige Gründe vorliegen, die die Haftung des Verkäufers ausschließen (B.G.B. §§ 460, 461, 464, 640 Abs. 2). Kennt insbesondere der Käufer den Mangel der Sache beim Kaufabschluß, oder nimmt er in Kenntniß des Mangels und ohne Vorbehalt seiner Rechte die mangelhafte Sache an, so cessirt § 377. Hierhin gehört auch der Verkauf mit der Klausel „tel quel", „die Waare falle wie sie falle", da dadurch die Haftung dem Verkäufer, der überhaupt Handelsgut liefert, erlassen wird (vgl. § 360 Nr. 6). Nr. 19.

B. Unter den obigen Voraussetzungen legt das Handelsgesetzbuch dem Käufer die nach bürgerlichem Recht ihm nicht obliegende **Untersuchungs- und Rügepflicht**[2]) auf, es sei denn, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Nr. 20.

1. Das Verhältniß beider Pflichten zu einander ist dabei nicht ein gleichgeordnetes. Zwar legt das Gesetz in Abs. 1 dem Käufer die Pflicht auf, „die Waare .... zu untersuchen und .... dem Verkäufer Anzeige zu machen", aber in Abs. 2 wird nur an die Unterlassung der Anzeige das Präjudiz der Genehmigung geknüpft. Somit ist es die rechtzeitige Rüge, die nach dem Gesetz dem Käufer die Rechte gegen den Verkäufer wahrt — und nur diese. Daraus ergiebt sich einerseits, daß die bloße Untersuchung ohne die Anzeige dem Käufer nichts nützt (denn sie ist dessen bloßes Internum) — andererseits daß schon die rechtzeitige Anzeige ohne die Untersuchung nützt, daß also der Verkäufer vom Käufer nicht den Nachweis verlangen kann, daß letzterer gerügt habe auf Grund der Untersuchung der Waare. Vielmehr muß sich der Verkäufer zufrieden geben, wenn die Anzeige des Mangels durch den Käufer rechtzeitig erfolgt, gleichgültig, ob der Käufer durch eine an der Waare vorgenommene Untersuchung oder auf anderem Wege (z. B. aus der Faktur, durch Mittheilung Dritter) von dem Mangel Kenntniß erhalten hat, ja gleichgültig, ob er überhaupt die Ueberzeugung hat, daß die Waare Mängel besitzt, oder ob er sie nur vermuthet oder nur auf's Gradewohl hin rügt, sofern nur objektiv feststeht, daß der Mangel besteht. Die wirkliche Vornahme der Untersuchung ist also nicht rechtliche Voraussetzung der Anzeige, eine gesetzliche Pflicht der Untersuchung in dem Sinne, daß ohne ihre Erfüllung die Anzeige rechtsunwirksam ist, besteht nicht. (Vgl. Busch XVIII S. 461 ff., XLIII S. 316, R.O.H.G. XII S. 8, 92, XIII S. 10, XIV S. 157, 265, XV S. 270 ff., XVIII S. 204, Bolze XVIII Nr. 439, a. A. Adler-Clemens Nr. 866.) Wohl aber ist die Untersuchung dem Käufer insofern zur Pflicht gemacht, als er sich nicht nachträglich auf Mängel berufen kann, die er bei ordnungsmäßiger Untersuchung wahrgenommen hätte. Dem mit der Wandelungs- oder Minderungsklage wegen eines nachträglich in die Erscheinung getretenen Mangels auftretenden Käufer kann somit der Verkäufer entgegenhalten, daß bei rechtzeitiger Untersuchung der Mangel erkennbar gewesen sei. Oder anders ausgedrückt, die gehörige Untersuchung sichert dem Käufer die Berufung darauf, daß der nachträglich in die Erscheinung getretene Mangel damals nicht erkennbar gewesen sei. Unterließ er die Untersuchung, so verliert er zwar nicht

[1]) Ueber Erheblichkeit sind vor Allem die Usancen zu berücksichtigen. Zusammenstellung bei Gareis in Endemanns Hdb. II S. 685.

[2]) Nach bürgerlichem Recht kann freilich unter Umständen in dem Unterlassen der Untersuchung eine grobe Fahrlässigkeit liegen, z. B. wenn der verlangte Preis oder die Persönlichkeit des Verkäufers Bedenken über die Mangelfreiheit der Waare einflößen mußte (Oertmann zu B.G.B. § 460 Nr. 3).

Digitized by Google

alle Rechte auf Geltendmachung von Mängeln, aber es liegt ihm der schwierige Beweis ob, daß der Mangel ein solcher ist, daß er auch bei rechtzeitiger ordnungsmäßiger Untersuchung nicht erkennbar gewesen wäre, oder daß er später hervorgetreten ist. Der selbständige Werth der Untersuchung ist darnach ein prozessualer. Materiellrechtlich soll die Untersuchung nur die rechtzeitige Rüge vorbereiten.

Hieraus sind mit v. Hahn (zu Art. 347 § 7) zwei wichtige Folgerungen zu ziehen:

Nr. 21. a) Eine vom Käufer ohne Untersuchung, ja schon vor der Ablieferung der Waare an den Käufer vorgenommene Rüge kann vom Verkäufer nicht zurückgewiesen werden. Zeigt der Käufer dem Verkäufer vor Eintreffen der Waare Mängel an, die er aus der Faktur ersieht, so braucht er nicht nach erfolgter Ablieferung der Waare die Anzeige zu wiederholen. Er hat seiner Rügepflicht auch durch solche Rüge Genüge gethan. § 377 Abs. 1 will nur den spätesten Termin der Rüge aufstellen, ohne die frühere Anzeige auszuschließen (Busch XV S. 185 f., R.O.H.G. XIV S. 157, XV S. 271).

Nr. 22. b) Da Abs. 1 dem Käufer nur zur Pflicht macht, unverzüglich nach der Ablieferung der Waare zu untersuchen und event. zu rügen — und da Abs. 2 als Folge der Unterlassung rechtzeitiger Rüge das Präjudiz der Genehmigung des Mangels aufstellt — so tritt dieses gesetzliche Präjudiz nur dann ein, wenn die Rüge bis zum Ablauf der vom Gesetz aufgestellten Frist nicht erfolgt ist. Hat somit der Käufer von dem Mangel thatsächlich schon vor Ablieferung der Waare Kenntniß (z. B. aus der Faktur), so ist er trotzdem berechtigt, die Ablieferung der Waare abzuwarten, die Untersuchung anzustellen und dann zu rügen. Erst mit Ablauf dieser Frist knüpft sich an die Nichtanzeige das gesetzliche Präjudiz der Genehmigung.[1]) Das Gleiche gilt, wenn er den Mangel an der abgelieferten Waare auch ohne Untersuchung oder bei Beginn der Untersuchung entdeckt. Die Anzeige braucht er auch diesenfalls erst nach gehörig durchgeführter Untersuchung zu erstatten (Busch XVIII S. 461, R.O.H.G. XIII S. 10, a. A. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVIII S. 247). Natürlich kann er den vorher erkannten Mangel ausdrücklich (z. B. durch ausdrückliche Anerkennung der Faktura: Seuffert LV Nr. 24) oder durch konkludentes Verhalten genehmigen; dann würde eine nachträgliche Rüge nicht mehr statthaft sein. Aber eine gesetzliche Rügepflicht besteht vor Ablauf der in § 377 Abs. 1 aufgestellten Frist nicht (vgl. Hanausek, Haftung II S. 48 Anm. 4, insbesondere gegen die von Gareis, Stellen zur Disposition S. 43 ff. und in Endemanns Hdb. II S. 683 ff. aufgestellte Ansicht). Wann solch' konkludentes, den Mangel genehmigendes Verhalten des Käufers vorliegt, ist Thatfrage.[2]) Das bloße Schweigen auf Bemerkungen in der Faktur kann hier so wenig wie bei sonstigen Vertragswidrigkeiten des Verkäufers genügen (vgl. die Citate bei Hanausek a. a. O., auch oben § 346 Nr. 6 ff.).

Nr. 23. 2. **Ablieferung.** Zur Litteratur von der Leyen in Z. XVI S. 87 ff., Hanausek II S. 28 ff. — Die dem Käufer auferlegten Pflichten sind erst nach der Ablieferung der Waare durch den Verkäufer zu effektuiren. Der Begriff der Ablieferung ist derselbe wie im B.G.B. § 477 Abs. 1. Ablieferung ist nicht identisch mit Uebertragung des Eigenthums an den Käufer. Die Uebertragung des Eigenthums an den Käufer kann sich mit der Ablieferung decken, sie kann der Ablieferung nachfolgen oder ihr vorausgehen. Ebensowenig ist Ablieferung identisch mit der Uebertragung des Besitzes. So wird bei Distanzkäufen in der Uebertragung des mittelbaren Besitzes (B.G.B. § 870) oder in der Uebergabe des Konnossements gewöhnlich keine Ablieferung liegen, und andererseits ist es für den Begriff der Ablieferung nicht unbedingt nothwendig, daß der Käufer unmittelbarer Besitzer wird (R.O.H.G. II S. 253, III S. 392, V S. 397, XIII S. 365, R.G.E. V S. 31). Ablieferung ist auch nicht identisch mit Empfangnahme, d. h. thatsächlicher Annahme seitens des Käufers, Abnahme im Sinne von B.G.B. § 433 Abs. 2 (R.O.H.G. VII S. 359, R.G. in Z. XXVI S. 565.[3]) Gewöhnlich wird mit dem Ablieferungsakt von Seiten des Verkäufers der Empfangnahmeakt von Seiten des Käufers verbunden sein, aber es kann abgeliefert sein, ohne daß in Empfang genommen wird, z. B. wenn die Waare

[1]) Doch ist hier B.G.B. § 464 zu beachten, nach dem er seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehalten muß, wenn er die Sache in Kenntniß der Mängel annimmt.

[2]) Z. B. aus Aeußerungen in der Korrespondenz, die er mit dem Verkäufer daraufhin unterhält, kann seine Genehmigung erhellen.

[3]) Aufnahme R.G.E. III S. 89, Abnahme R.G.E. XII S. 82.

Digitized by Google

mit Einwilligung des Käufers in einem Zollmagazin abgelagert wird (R.G.E. V S. 31, Hanausek, Haftung II S. 35 Anm. 10). Noch weniger ist Ablieferung identisch mit Annahme als Erfüllung seitens des Käufers im Sinne von B.G.B. §§ 464, 363, beziehungsweise Abnahme beim Werklieferungsvertrag. Im Gegentheil wird meist der Ablieferung keine Annahme als Erfüllung entsprechen (vgl. Planck zu § 363 Nr. 1, Seuffert LIV Nr. 235).

Ablieferung ist vielmehr ein einseitiger Akt. Der Ablieferude muß den unmittel- Nr. 24.
baren Besitz des Kaufobjektes aufgeben, und zwar mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Käufers (R.O.H.G. II S. 252 ff., VIII S. 29, XIV S. 294, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 237; Adler-Clemens Nr. 1328, a. A. R.G.E. V S. 32: „die Erklärung des Käufers, die Abnahme zu verweigern, ist für den Begriff der Ablieferung unerheblich", doch mit Unrecht; ebenso Bolze XVI Nr. 423, XIX Nr. 535). Gleichgültig ist, ob der Käufer selbst den unmittelbaren Besitz oder ob ein Dritter ihn erhält (z. B. ein Lagerhaus), sofern nur der Käufer mit der Aufgabe des unmittelbaren Besitzes einverstanden ist. Weiß also der Käufer von der Aufgabe des Besitzes nichts, so liegt keine Ablieferung vor (vgl. Bolze XXIII Nr. 502). Es ist auch nicht absolut nothwendig, daß der Käufer durch die Ablieferung die thatsächliche Möglichkeit erlangt, durch seinen einseitigen Akt sich sofort den Gewahrsam der Waare zu verschaffen, wie das R.G. Bd. V S. 31, 32 im Anschluß an R.O.H.G. III S. 392, VI S. 167 annimmt. In den meisten Fällen wird dies zutreffen; doch kann, wie Hanausek II S. 31 Anm. 6 mit Recht annimmt, abgeliefert sein, ohne daß der Käufer sofort sich den Gewahrsam der Sache verschaffen kann (z. B. das Zollhaus, in dem die Waare mit Einwilligung des Käufers niedergelegt war, ist wegen eines Feiertages geschlossen, oder das Zollhaus verwehrt dem Käufer, die Waare in Gewahrsam zu nehmen). Die Frage, ob der Käufer sofort den unmittelbaren Besitz erlangen konnte oder nicht — wird vielmehr nur insofern bedeutsam sein, als es sich darum handelt, ob der Käufer „unverzüglich" nach der Ablieferung untersucht hat oder nicht. — Gleichgültig ist endlich, ob der Ablieferungsort und der Erfüllungsort identisch oder verschieden sind (R.O.H.G. III S. 393, XI S. 66, XVIII S. 205, Seuffert LV Nr. 23), ob die Ablieferung thatsächlich an dem vertragsmäßigen Ablieferungsort oder zur vertragsmäßigen Ablieferungszeit erfolgte, sofern nur der Käufer mit der Ablieferung einverstanden war. Ist er damit nicht einverstanden, so liegt eine Ablieferung im Sinne des Gesetzes nicht vor (Bolze XVIII Nr. 441).

Die Ablieferung muß auf Grund desjenigen Kaufgeschäftes erfolgt Nr. 25.
sein, dessen Erfüllung der Käufer wegen Mangels der Waare verweigert. Gelangt der Käufer in den Besitz der Waare auf Grund anderen Titels, z. B. weil er im Selbsthülfeverkauf des § 373 die Waare ersteht, so liegt keine Ablieferung nach § 377 vor (R.G.E. V S. 33).

Die Ablieferung soll „durch den Verkäufer" erfolgen. Dies ist nicht wörtlich Nr. 26.
zu nehmen. Selbstverständlich braucht der Verkäufer nicht in Person den Gewahrsam aufzugeben, Ablieferung durch einen Stellvertreter des Verkäufers ist gleich kräftig. Auch kann Verkäufer den unmittelbaren Besitz zunächst einem Anderen, z. B. dem Frachtführer, mit dem Auftrag übertragen, den Ablieferungsakt an den Käufer vorzunehmen. Ablieferung durch den Frachtführer ist dann Ablieferung „durch den Verkäufer" im Sinne des § 377. Ja es brauchte der Verkäufer überhaupt nicht selbst Besitzer des Kaufobjektes zu sein. War das Kaufobjekt zur Zeit des Verkaufes im Besitze eines Dritten, so würde die im Auftrage des Verkäufers durch den Dritten erfolgte Ablieferung eine Ablieferung „durch den Verkäufer" sein. Endlich kann sogar dann noch Ablieferung „durch den Verkäufer" vorliegen, wenn der Frachtführer durch den Käufer bevollmächtigt ist, die Waare sich als Stellvertreter des Käufers traditen zu lassen, die Waare entgegennimmt und nach beendigtem Transport dem Käufer aushändigt. Hier vollzog sich der sachenrechtliche Uebergabeakt an den Käufer freilich schon mit der Tradition an den Frachtführer. Aber damit ist noch nicht nothwendig gesagt, daß in der Tradition an den Frachtführer eine Ablieferung im Sinne des § 377 vorliegt. Denn die dem Käufer auferlegte Untersuchungspflicht kann ja doch erst dann erfüllt werden, wenn der Käufer zur ordnungsmäßigen Untersuchung im Stande ist. In der Bevollmächtigung des Frachtführers oder Spediteurs zur Annahme der Traditionsofferte liegt aber noch nicht nothwendig die Bevollmächtigung zur Empfangnahme, Prüfung und Billigung der Waare. Solche Vollmacht muß besonders ertheilt werden, was freilich auch durch konkludente Handlungen geschehen kann (R.O.H.G. V S. 397, vgl. R.G.E. VI S. 61, Bolze XIII Nr. 439). Mangels solcher Vollmacht

Digitized by Google

würde der Frachtführer erst durch Aushändigung nach beendigtem Transport für den Verkäufer den Ablieferungsakt an den Käufer vornehmen (Hanausek, Haftung I S. 243, II S. 38 vgl. Bolze I Nr. 1097).

Nr. 27. Andererseits ist die Ablieferung durch den Verkäufer vollzogen, sobald der Frachtführer kraft vertragsmäßiger Beredung mit dem Käufer den unmittelbaren Besitz nicht in seiner bisherigen Eigenschaft, sondern etwa als Depositar des Käufers oder kraft eines neuen Frachtvertrages fortsetzt. Beauftragt also der Käufer seinerseits den zur Ablieferung bereiten Frachtführer, die Waare weiter zu transportiren, so wäre mit Abschluß des neuen Vertrages das Requisit der Ablieferung durch den Verkäufer erfüllt, es kann unmöglich dem Käufer freistehen, durch neue Frachtverträge den Zeitpunkt der Ablieferung in für ihn günstigem Sinne hinauszuschieben (vgl. auch Hanausek, Haftung II S. 32, 33).

Nr. 28. Daß die Ablieferung erfolgt ist, muß Verkäufer beweisen (R.G.E. V S. 30).

Nr. 29. Ist die Ablieferung durch den Verkäufer nicht erfolgt, so greift § 377 nicht Platz, gleichgültig, ob der Verkäufer oder der Käufer den Nichterfolg verursacht hat. Verweigert somit der Käufer, die zur Ablieferung nothwendige Einwilligung zu ertheilen, ohne Grund, so kann er zwar dem § 373 unterfallen, aber die Folgen des § 377 treten nicht ein, weil nicht abgeliefert ist (R.O.H.G. VI S. 325 fg., VII S. 225, XV S. 55, XXI S. 260 fg., XXIV S. 29, Seuffert XLVIII Nr. 109, O.L.G. Hamburg in H. G.Z. XII S. 141, Bolze XIX Nr. 535, a. A. R.O.H.G. VI S. 166 und wie es scheint auch R.G.E. V S. 31 ff.[1])

Nr. 30. Das Vorbemerkte gilt für Distanzkäufe; es gilt aber auch nach dem neuen Gesetze für **Platzkäufe**. Speziell bei Platzkäufen wird der Ablieferungsakt sich folgendermaßen gestalten:

a) Wird der Platzkauf durch unmittelbare Uebergabe der Kaufsache vom Verkäufer an den gegenwärtigen Käufer (z. B. in dessen Laden) nach B.G.B. § 929 vollzogen, so stellt die Uebergabe der Kaufsache die Ablieferung dar; die Untersuchung des Käufers hat sich hier bei Annahme der Traditionsofferte abzuspielen, die unterlassene Anzeige von Mängeln, die dabei erkennbar waren, zieht das Präjudiz der Genehmigung nach sich (vgl. R.O.H.G. VI S. 238). Dies gilt auch dann, wenn der Käufer nach erfolgter Uebergabe die Sache an den Verkäufer zurückgiebt, damit der Verkäufer sie dann nachträglich dem Käufer übersende. Erfolgte die reale Tradition nicht an den Käufer in Person, sondern an dessen Stellvertreter, so wird Thatfrage sein, ob der Vertreter auch zur Prüfung und Billigung der Waare bevollmächtigt war (z. B. der Prokurist) oder nicht. Im letzteren Falle ist der Ablieferungsakt regelmäßig erst vollzogen, wenn dem Käufer die Sache heimgebracht ist.

Nr. 31. b) Geschieht beim Platzkauf die reale Tradition im Wege der Zusendung in das Haus des Käufers — sei es durch einen Boten des Verkäufers, sei es durch einen Frachtführer, so ist der Moment der Ablieferung nach denselben Gesichtspunkten wie beim Distanzkauf zu bestimmen.

Nr. 32. c) Wird die Waare durch constitutum possessorium nach B.G.B. § 930 übertragen, so gilt das constitutum possessorium als Ablieferung. Denn der Käufer ist nunmehr in derselben Lage, als ob die Waare mit seinem Einverständniß einer dritten Person zur Aufbewahrung übergeben und von dieser zu seiner Verfügung gehalten worden wäre (R.G.E. XXXIII S. 25, 26). — Das Gleiche gilt bei Uebertragung des mittelbaren Besitzes und bei Vindikationscession.

Nr. 33. d) Die Ablieferung kann auch dem Kaufvertrag voraufgehen, insbesondere wenn die Waare vom Verkäufer übersendet war. Hierhin gehört auch der Fall, daß bei einem Kauf auf Probe abgeliefert wird vor der Billigung des Käufers, ferner der Fall, daß der Käufer vorher als Depositar oder dergl. besessen hatte. In solchen Fällen wird die Annahme der Kaufofferte beziehungsweise die nachträgliche Billigung seitens des Käufers, ohne daß der Käufer untersucht und gerügt hat, die Wirkung der Genehmigung nach Abs. 2 mit sich führen (Hanausek, Haftung I S. 216). Insbesondere hätte beim Kauf auf Probe das Schweigen des Käufers, dem die Waare zur Besichtigung übergeben ist, die doppelte Bedeutung, den Kaufvertrag rechtswirksam zu machen und das Präjudiz des § 377 zu erzeugen.

[1]) Für den Käufer ist, solange es zur Ablieferung nicht gekommen ist, einfach die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegeben, der Verkäufer hätte ordnungsgemäßes Angebot vertragsmäßiger Waare zu beweisen.

Digitized by Google

3. **Untersuchungspflicht.** Der Käufer hat die Waare **unverzüglich** (ohne schuld- Nr. 34.
haftes Zögern B.G.B. § 121) nach der Ablieferung zu untersuchen. Eine bestimmte Frist für die Untersuchung ist nicht aufgestellt. Vielmehr kommt es ganz auf die Lage des Falls an. Drei Momente werden für die richterliche Erwägung, ob schuldhaftes Zögern des Käufers vorliegt, zu berücksichtigen sein: einmal die örtliche Unterbringung der Waare, sodann die Beschaffenheit der Waare, endlich die individuellen Verhältnisse des Käufers. Ist die Waare vom Käufer empfangen und in seinem Hause untergebracht,[1]) so eröffnet sich ihm die Möglichkeit, zur Untersuchung sofort zu schreiten. Anders, wenn die Waare bei einem Dritten, z. B. in einem Lagerhaus, Zollmagazin, mit Einwilligung des Käufers untergebracht ist, oder wenn bei Platzkauf der Verkäufer sie selbst weiterverwahrt. Hier kann der Käufer auf Schwierigkeiten stoßen, sei es, daß die Lokalitäten, in denen die Waare sich befindet, eine gewisse Zeit geschlossen sind, sei es, daß ihm der Zugang zur Waare verwehrt wird. Hat der Käufer in Erfüllung seiner Pflicht vergeblich versucht, den Zugang zur Waare zu erlangen, um sie der Untersuchung zu unterziehen, so trifft ihn die Verzögerung nicht. Natürlich wird er ein ihn bei der Auswahl des Dritten, bei dem die Waare untergebracht ist, treffendes Verschulden zu verantworten haben.

Die Beschaffenheit der Waare kann insofern von Einfluß sein, als bei Nr. 35.
gewissen Waaren die Untersuchung erst dann möglich ist, wenn sie sich eine gewisse Zeit in Ruhe befanden (Rum: R.O.H.G. VIII S. 336, Bier: R.O.H.G. XV S. 213 f., Wein: Busch XVIII S. 90) oder wenn sie aufgestellt sind (Maschinen: R.O.H.G. XI S. 99). Die dadurch verursachte Hinausschiebung der Untersuchung kann dem Käufer nicht zur Last gelegt werden. Umgekehrt erheischt das Interesse des Verkäufers möglichste Beschleunigung der Untersuchung bei Waaren, die starken Kursschwankungen unterliegen (insbesondere Getreide R.O.H.G. II S. 336, XII S. 8).

Die individuellen Verhältnisse des Käufers endlich sind mit Vorsicht zu Nr. 36.
berücksichtigen. Willkürliche Besonderheiten können nicht in Frage kommen (R.O.H.G. VIII S. 175). So wird sich der kaufende Grossist im Allgemeinen nicht darauf berufen können, daß er abwesend gewesen sei — er hätte für Vertretung sorgen können (O.L.G. Karlsruhe in Z. XXXVI S. 258) — oder daß seine Räumlichkeiten zu beschränkt, sein Personal zu geringfügig, die Geschäftsüberhäufung zu groß gewesen sei (Busch XIV S. 477, Bolze XVI Nr. 418, R.O.H.G. III S. 47). Noch weniger darf er warten, bis er die Waare in seinem Geschäft braucht (R.O.H.G. IX S. 405, Busch XXXVI S. 186 f.). Wohl aber wird der Verkäufer, der an den Detaillisten verkauft, damit rechnen müssen, daß dieser möglicherweise nicht sofort selbst, sei es wegen Geschäftsüberbürdung, sei es wegen Abwesenheit, die Zeit zur Untersuchung findet, und daß ihm andere Leute, die die zur Prüfung der Waaren erforderliche Sachkunde besitzen, fehlen (Seuffert XLI S. 52, R.O.H.G. XI S. 307). Zu weit gehend ist es, wenn das O.L.G. Hamburg „in den persönlichen Verhältnissen des Käufers begründete Hindernisse" überhaupt nicht in Betracht kommen lassen (bei Abraham S. 188) und nur einen objektiven Maßstab anwenden will (so wie es scheint, auch Bolze XVI Nr. 432). Im Begriffe des „Unverzüglichen" liegt nur, daß der Käufer ohne schuldhaftes Zögern an die Untersuchung herantritt. Ist er kasuell verhindert, so kann er sich dem Verkäufer gegenüber schlechthin darauf berufen (Beispiele in der Judikatur bei Hanausek II S. 53 Anm. 10: Busch IX S. 478 (schlechtes Wetter), XII S. 393 f. (Einmarsch von Invasionstruppen). An einem allgemeinen Feiertage braucht selbstverständlich der Käufer nicht an die Untersuchung heranzutreten, aber auch nicht an einem Feiertage seiner Konfession (Busch IX S. 210 f., vgl. auch Puchelt-Förtsch zu Art. 347 Nr. 9 o). Aber auch Epidemien, Naturereignisse (Wassersnoth, Feuersbrunst) Unruhen u. dergl., können einen Entschuldigungsgrund für die Hinausschiebung der Untersuchung abgeben, selbst das Eintreffen mehrerer gleichzeitiger Sendungen, sofern der Käufer diese nicht voraussetzt (v. Hahn zu Art. 347 § 11). — Säumniß des gewählten Sachverständigen hat der Käufer nach B.G.B. § 278 zu vertreten (vgl. Puchelt-Förtsch zu Art. 347 Nr. 9 e).

Die Untersuchung hat zu erfolgen, **„soweit dies nach ordnungsmäßigem Ge-** Nr. 37.
schäftsgang thunlich ist". Damit ist jedenfalls ausgedrückt, daß eine bis in das Einzelne gehende scrupulöse Untersuchung ausgeschlossen ist (R.O.H.G. V S. 262).

---

[1]) Solange die Waare noch auf der Eisenbahnstation ist, braucht der Käufer nicht zu untersuchen, er kann warten, bis er sie in sein Geschäftslokal gebracht. Doch darf er den Transport nicht schuldhaft verzögern. Hanausek, Haftung II S. 54 Anm. 13.

Digitized by Google

Solche würde für den Käufer ja auch eine große Härte involviren, da sie ihm Zeit rauben, Kosten verursachen, möglicherweise die Waare entwerthen und deren Absetzbarkeit beeinträchtigen würde (v. Hahn zu Art. 347 § 11). Aber sie würde auch den Verkäufer schädigen, da dadurch die Reklamation verzögert und möglicherweise die Substanz der Waare angegriffen wird (R.O.H.G. XVI S. 321). Das umgekehrte Extrem einer ganz oberflächlichen Untersuchung ist natürlich nicht genügend (R.O.H.G. IV S. 43, 44, XIV S. 287). Denn was der Käufer bei solcher wahrnehmen konnte, wird er meist schon aus B.G.B. § 460 nicht rügen können. Vielmehr hat der Käufer sorgfältig und gewissenhaft zu untersuchen, d. h. so zu untersuchen, daß er zu einem zuverlässigen Urtheil über die Beschaffenheit der Waare gelangen kann (Staub § 377 Anm. 13). Aber er soll dadurch nicht in seinem ordnungsmäßigen Geschäftsgang Einbuße erleiden, d. h. die Untersuchung braucht nicht länger und eingehender zu sein, als mit einem geordneten Fortgang der Geschäfte eines Durchschnittskaufmanns überhaupt und insbesondere mit Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Käufers verträglich ist. Sie braucht sich vor Allem mit Bezug auf die Zahl der Objekte nicht auf die sämmtlichen Stücke der Waare zu erstrecken, wenn es sich um die Lieferung von Quantitäten handelt und der Käufer die gleiche Beschaffenheit der einzelnen Theile der Sendung annehmen darf (R.O.H.G. III S. 247, VII S. 427, XII S. 93 (Ballen Wolle), Bolze XIII Nr. 427, XXIII Nr. 507, XXII Nr. 446). Vielmehr genügt es, wenn der Käufer eine den Verhältnissen entsprechende Anzahl von Stücken herausgreift, z. B. einige Ballen anschneidet, einige Kisten öffnet u. dgl. Anders, wenn verschiedene Waaren oder verschiedene Sorten derselben Waare geschickt sind. Hier muß sich die Untersuchung auf sämmtliche einzelne Objekte, beziehungsweise Sorten beziehen.

Nr. 38. Umgekehrt hat der Verkäufer auch das Recht, zu verlangen, daß der Käufer nicht mehr Stücke, als nothwendig ist, seiner Untersuchung unterwirft, besonders, wenn sich die Untersuchung in der Form eines Ge- oder Verbrauchsaktes vollzieht. Die Ueberschreitung dieser Grenze kann je nach Lage der Sache Genehmigung der Waare darstellen (vgl. dazu unten Nr. 76) oder doch Verlust des Wandelungsanspruches, B.G.B. §§ 467, 351, 352 (R.O.H.G. XVI S. 321) oder Schadensersatzpflicht zur Folge haben (vgl. Hanausek II S. 56 Anm. 18).

39. Die Art der Untersuchung wird eine verschiedene sein nach der Natur der Waare. Nicht stets wird die bloße Besichtigung durch das Auge (R.O.H.G. IX S. 208) genügen. Bei vielen Waaren bedarf es der Vornahme von vorbereitenden Manipulationen oder des Gebrauchs (z. B. bei Maschinen (R.O.H.G. II S. 83, XI S. 99, bei Kaminen Anheizen R.O.H.G. XI S. 318), Verbrauchs (Taback: R.O.H.G. XXII S. 151) oder der Be- oder Verarbeitung der Waare, um zu einem Urtheil über die Beschaffenheit zu gelangen. Aus der Judikatur nach Hanausek II S. 55 Anm. 17: R.O.H.G. III S. 84: Lichter werden dadurch geprüft, daß man sie zur Probe brennen läßt, III S. 247: Waschen von Wolle, VII S. 319: Anfertigung von Waarenabschnitten aus Garnen, VIII S. 175, 176 (vgl. XIV S. 265): Verbacken von Mehl, IX S. 405: Bei Seide genügt nicht Besichtigungs- und Färbungsprobe, sondern es ist Verarbeitung durch Weber nothwendig, XII S. 93: Verarbeitung von Wolle, XIV S. 288: „Abwickeln, Ausziehen, Zerreißen einiger Fäden Garn". Vgl. ferner Busch III S. 91: Kochen von Leim, XV S. 461: Umwandlung von Oel in Firniß, XXIX S. 371: Ausstreuen des Cichoriensamens in einen Blumentopf, Z. XXIV S. 276 f.: Einmälzen bei Gerste, XXXVIII S. 208: Einschmelzen einer von vielen, zum Wiederverkauf bezogenen goldenen Ketten, R.G.E. XXV S. 29: Verarbeitung von Kohlen zu Cokes. Vgl. Bolze IX Nr. 399, XXIII Nr. 514. — Doch wird sich die Verfügung über die Substanz stets auf das nothwendigste Maß zu beschränken haben. O.L.G. Nürnberg in Z. XXXVIII S. 208.

Nr. 40. Zwischen mehreren Methoden der Untersuchung, die gleiche Zeit beanspruchen, hat Käufer die Wahl (R.G.E. XXXVIII S. 11), es sei denn, daß Handelsgebräuche eine bestimmte Art der Untersuchung vorschreiben (z. B. bei Käse Anbohrung, nicht Anschneiden (Dove-Apt S. 134).

Nr. 41. Umgekehrt ist bei manchen Waaren die bloße Besichtigung durch das Auge nicht gut möglich, insofern durch die dazu nothwendige Oeffnung von Behältnissen oder der Verpackung die Waare leidet oder gar unbrauchbar wird (Flaschenwein, Mineralwasser) oder doch deren Absetzbarkeit geschädigt wird (z. B. wenn die Verpackung für den Ursprung der Waare durch Waarenzeichen oder Material beweisend ist). Hier kann sich der Käufer einer kleinen Quantität äußersten Falls mit der bloßen Prüfung

Digitized by Google

des Zustandes der Verpackung begnügen. Ergiebt sich aus diesem kein Zeichen der Fehlerhaftigkeit der Waare, so ist er berechtigt, anzunehmen, daß die Waare mangelfrei ist (Busch III S. 97 f.). Dagegen wird bei größeren Mengen wenigstens die Oeffnung einzelner Colli geboten sein (R.O.H.G. XVII S. 217, nicht ganz so Busch V S. 416, 417, 421, VIII S. 244, IX S. 423). — Beim Kauf nach Probe wird der Käufer vor Allem die Waare mit dem Muster zu vergleichen haben (R.O.H.G. XIV S. 290).

Bei manchen Waaren wird eine mehrmalige Untersuchung erforderlich sein. Nr. 42.
Gewisse Mängel sind sofort, andere erst nach einer gewissen Zeit (z. B. wenn die Waare abgelagert ist) oder nach Gebrauch oder Verarbeitung der Waare erkennbar. Diesenfalls sind erstere durch sofortige, letztere durch spätere Untersuchung festzustellen (Bolze XXIII Nr. 519). Ist es überhaupt nicht möglich, durch Untersuchung den Mangel zu ermitteln, so bedarf es natürlich der Untersuchung nicht (Bolze IX Nr. 405). — Auch der Umstand, ob der Käufer Sachverständiger ist oder nicht, kann auf die Art der Untersuchung Einfluß haben. War er vertraut mit den geeigneten Untersuchungsmethoden, so kann in der Wahl des minder geeigneten Untersuchungsmittels die Unterlassung der ihm obliegenden Pflicht liegen (R.O.H.G. XIV S. 288, Busch XV S. 458). Ist der Käufer nicht Sachverständiger, so braucht er Sachverständige nur dann heranzuziehen, wenn ihm selbst die Erkenntniß der Beschaffenheit der Waare völlig abgeht (vgl. v. Hahn zu Art. 347 § 11, aus der Praxis Bolze VII Nr. 585, XIII Nr. 428, XIX Nr. 544, 576). Keineswegs aber darf er die Untersuchung ganz unterlassen, weil er nicht Sachverständiger ist (Seuffert XLIV Nr. 124).

Daß der Käufer persönlich untersucht, ist nicht nothwendig. Er kann ins- Nr. 43.
besondere seinen weiteren Abnehmer die Untersuchung vornehmen lassen (R.O.H.G. II S. 236, VIII S. 225, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 185), sofern dadurch keine Verzögerung herbeigeführt wird (Bolze XIII Nr. 439, XVIII Nr. 451, Adler-Clemens Nr. 218). Die Verzögerung solcher Personen hat er nach B.G.B. § 278 zu vertreten, selbst wenn er ihnen sofort die Waare übergab.

Ort der Untersuchung ist im Zweifel der Ablieferungsort, d. h. eine am Nr. 44.
Ablieferungsort vorgenommene Untersuchung ist jedenfalls eine gesetzliche. Doch kann nach Lage der Dinge auch eine an einem dritten Ort vorgenommene Untersuchung gerechtfertigt erscheinen, besonders wenn mit der Waare bestimmte Manipulationen vorzunehmen sind (z. B. chemische Untersuchung). Vgl. Bolze XIX Nr. 556. — Daß der Käufer nicht auf der Bahnstation selbst zu untersuchen braucht, ist oben Nr. 34 Anm. 1 berührt worden.

4. Von den obigen Bestimmungen können die Parteien durch den Nr. 45.
Vertrag in für den Käufer günstigem oder ungünstigem Sinne abweichen.

a) Die **Untersuchungspflicht des Käufers kann** mit Rücksicht auf die Zeit und den Umfang der Untersuchung **eingeengt** werden.

α) **Zeit.** Dem Käufer kann gestattet sein, nicht „unverzüglich", sondern nach Ablauf einer gewissen Frist zu untersuchen (R.O.H.G. II S. 379). Dies kann von vornherein oder nachträglich (Verlängerung der Probezeit Bolze XXII Nr. 457) geschehen, es kann mit ausdrücklichen Worten oder stillschweigend geschehen (vgl. z. B. R.O.H.G. XXIV S. 291), die Frist kann genau beziffert oder von den Umständen des Falls abhängig gemacht sein. Als stillschweigende Vereinbarung einer angemessenen Verlängerung ist es anzusehen, wenn der Verkäufer, wissend, daß dem Käufer die sofortige Untersuchung unmöglich ist, an den Käufer verkaufte (Hanausek II S. 63 Anm. 29). Nachträgliches Erfahren würde dem Verkäufer dagegen nicht schaden. Auch Usancen können hier maßgebend sein (§ 346 Nr. 11). — Wann solche Vereinbarung über Hinausschiebung der Untersuchungspflicht vorliegt, ist Thatfrage (R.O.H.G. III S. 82, 83). Keinesfalls ist der Käufer befugt, einseitig durch Weiterversendung der Waare die Frist für die Untersuchungspflicht auszudehnen (unrichtig Busch VIII S. 460). Auch der Umstand, daß der Verkäufer zufällig oder durch Mittheilung seitens des Käufers weiß, die Waare sei vom Käufer bereits weiter veräußert oder sie sei zur sofortigen Weiterveräußerung bestimmt, rechtfertigt noch nicht die Annahme seines Einverständnisses mit der Hinausschiebung der Untersuchung (R.O.H.G. III S. 394, VII S. 258, XXIV S. 259). Denn die Waaren, die ein Kaufmann von dem andern kauft, werden meist zur Weiterveräußerung bestimmt sein (R.O.H.G. X S. 146, Bolze IV Nr. 734, II Nr. 1013). Nicht einmal das Wissen des Verkäufers davon, daß derartige Waaren in Originalverpackung weiter verkauft zu werden pflegen oder daß die Waare vom Käufer in Originalverpackung weiterveräußert werden solle, rechtfertigt nothwendig die Annahme eines Uebereinkommens

Digitized by Google

dahin, daß die Untersuchung erst später stattfinden könne (R.O.H.G. XV S. 127, XVII S. 217),[1]) wenigstens nicht bei größeren Sendungen, wo die Untersuchung sich nur auf einzelne Collis zu beschränken hat (siehe oben Nr. 37). Jedoch können die besonderen Umstände darauf hinweisen, daß der Verkäufer damit einverstanden war, die Untersuchung auf eine spätere Zeit hinauszuschieben. Wußte der Verkäufer z. B., daß die Weiterbeförderung so schleunig erfolgen sollte, daß keine Zeit zu sachgemäßer Untersuchung blieb oder daß am Ablieferungsort die Mittel zu der erforderlichen Untersuchung fehlten, oder daß die Waare für einen dritten Abnehmer bestimmt sei, dessen besondere Bedürfnisse für die Empfangbarkeit der Waare maßgebend sein mußten, so ist sein Einverständniß mit der Hinausschiebung anzunehmen (R.O.H.G. II S. 235, III S. 393, vgl. Busch IX S. 365, vgl. Bolze XIX Nr. 547, XVIII Nr. 451, XIV Nr. 436, Seuffert LI Nr. 200, XL Nr. 131). Ueberhaupt ist überall, wo die Betheiligten verständiger Weise nur wollen konnten, daß der dritte Abnehmer die Prüfung bewirke, das Recht des Käufers, die Untersuchung selbst zu unterlassen, anzunehmen (R.O.H.G. III S. 394).

Nr. 46. Die Hinausschiebung der Untersuchung kann auch im Interesse des Verkäufers vereinbart sein, damit dieser der Untersuchung beiwohnen könne. Hält sich diesenfalls der Käufer nicht an die Vereinbarung, sondern untersucht er früher, so können ihn rechtliche Nachtheile aus dem Vertrage treffen, die Folgen der Untersuchung wären im Uebrigen aber nach § 377 zu beurtheilen, insbesondere die Pflicht sofortiger Reklamation der gefundenen Mängel (vgl. dazu R.O.H.G. IX S. 327).

Nr. 47. β) **Umfang.** Dem Käufer kann ein geringeres Maß der Untersuchungspflicht eingeräumt oder die Pflicht der eigenen Untersuchung (Bolze V Nr. 679) oder die der Untersuchung überhaupt erlassen werden (Bolze XVI Nr. 420), sei es mit ausdrücklichen Worten, sei es stillschweigend. Möglicherweise liegt in der ausdrücklichen Zusicherung gewisser Eigenschaften der Erlaß der Untersuchung (R.O.H.G. VIII S. 250), zumal wenn diese eine gewisse schädliche Wirkung auf die Waare zu üben geeignet ist. Aus dem Erlaß der Untersuchungspflicht folgt noch nicht Erlaß der Anzeige erkannter Mängel (Hanausek II S. 64 Anm. 33).

Nr. 48. b) Die **Untersuchungspflicht des Käufers** kann **erweitert** werden. So kann vereinbart werden, daß unter allen Umständen sofort oder binnen kurzer Frist nach der Ablieferung zu untersuchen und zu rügen ist, daß der Verkäufer demnach für dort nicht erkannte Mängel nicht weiter aufkommen wolle, daß die Untersuchung eine erschöpfende zu sein habe u. dgl. m. Vgl. darüber unten Nr. 62 ff. Hierher gehört auch der Fall, daß der Käufer früher abnimmt, als dem verabredeten Ablieferungstermin entspricht. Solchenfalls ist er zur unverzüglichen Untersuchung nach der Abnahme verpflichtet, es sei denn, daß er sich vorbehalten hat, erst am verabredeten Ablieferungstermin zu untersuchen — ein Vorbehalt, der jedoch dem Verkäufer, nicht bloß dem Frachtführer gegenüber zu erklären ist (v. Hahn zu Art. 347 § 8 Anm. 20).

Nr. 49. c) Gewöhnlich nur eine Erweiterung, ausnahmsweise auch eine Einengung der Untersuchungspflicht des Käufers liegt vor, wenn der Verkäufer mit dem Käufer das Geben einer sog. **Ausfallsprobe** vereinbart. Hier stellt der Verkäufer, z. B. der Fabrikant, der überseeische Händler[2]) dem Käufer vor der Ablieferung der Waare eine Probe als Repräsentant der Waare oder gewisser Qualitäten der Waare zum Zweck der Untersuchung und Rüge der Mängel zu, damit es ihm möglich ist, etwaige Beanstandungen zu berücksichtigen oder sich die Kosten des Transportes bei Ablehnung zu ersparen.[3]) Der Käufer hat somit diesenfalls eine Untersuchung der Probe vor der Ablieferung der Waare selbst anzustellen. Die Zustellung der Probe ist quasi Ablieferung der Waare. An der Probe hat der Käufer also eine ebenso geartete Untersuchung vorzunehmen, als ob er die Waare vor sich hätte, natürlich soweit Qualitäten der Waare

[1]) Das hat auch für überseeische Sendungen zu gelten, für welche diese Frage besonders praktisch ist (a. A. Hanausek II S. 43 Anm. 31).

[2]) O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 510.

[3]) Keine Ausfallsprobe liegt vor, wo der Zweck der Untersuchung durch den Käufer bei Hingabe der Probe fehlt, z. B. wo die Probe dem Käufer gegeben wird, damit er daraufhin weiter Käufe abschließe oder um die Identität festzustellen. Und selbstverständlich gehört nicht hierher die beim Kauf nach Probe gegebene Probe. Daß jener Zweck vorhanden war, bedarf besonderen Beweises. Das O.L.G. Hamburg ist bei Annahme einer wirklichen Ausfallsprobe im Sinne des Textes in neuerer Zeit sehr skrupulös. Vgl. die bei Abraham S. 185 verzeichneten Entsch.

Digitized by Google

aus der Probe erhellen sollen (Busch V S. 469, R.O.H.G. VII S. 259). Das entbindet ihn im Zweifel aber nicht von der Verpflichtung, nach Ablieferung der Waare nochmals die Untersuchung nach § 377 an der Waare anzustellen (R.O.H.G. VII S. 428 mit Verwechselung des Kaufes nach Probe). Doch kann die Vereinbarung dahin gehen, daß die Untersuchung und Bemängelung der Probe die der Waare ersetzen soll (Hanausek II S. 76). Vgl. im Uebrigen unten Nr. 68.

5. **Anzeigepflicht.** Der Käufer hat die Verpflichtung, von den Mängeln, die sich — Nr. 50.
sei es auf Grund der Untersuchung, sei es auf Grund zufälliger Entdeckung — zeigen, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen (Rüge-Reklamationspflicht). Ihm liegt der Beweis ob, daß er dieser Verpflichtung genügt hat. (Vgl. Bolze XIII Nr. 430.) Diese Anzeige ist eine einseitige Willenserklärung des Käufers, die zwar nicht von einem Geschäftsunfähigen (B.G.B. § 105), wohl aber von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ausgehen kann, ohne daß dieser der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf; denn sie verbessert nur die rechtliche Stellung des Käufers (B.G.B. § 107). Sie ist eine Willenserklärung, denn sie dokumentirt den Willen, sich die Rechte wegen mangelhafter Lieferung zu wahren. Sie unterscheidet sich dadurch von gewöhnlichen Mittheilungen, denen diese Absicht abgeht („beiläufigen Bemerkungen" R.G.E. XXV S. 29). Sie ist eine einseitige Willenserklärung des Käufers, der Annahme seitens des Verkäufers bedarf es nicht, und die Ablehnung durch den Verkäufer hindert nicht die Rechtswirksamkeit der Anzeige (Busch XXIX S. 265, Hanausek II S. 5).

Die Anzeige kann ausgehen vom Käufer persönlich oder von dessen Be- Nr. 51.
vollmächtigten; die Anzeige durch einen Dritten, der kraft Geschäftsführung ohne Auftrag handelt, würde erst durch die Genehmigung des Käufers (B.G.B. §§ 182, 184) Wirksamkeit erlangen. Der Bevollmächtigte kann kraft Spezialvollmacht oder kraft eines allgemeinen Stellvertretungsverhältnisses zur Anzeige berechtigt sein. Zur Anzeige sind jedenfalls befugt der Prokurist und der Generalhandlungsbevollmächtigte des Käufers. Wieweit eine sonstige Handlungsvollmacht sich auch hierauf erstreckt, ist nach den §§ 54—56 zu entscheiden (R.O.H.G. XV S. 305). Den Agenten und Handlungsreisenden in auswärtigen Plätzen, die zum Einkaufe (nicht zum Verkaufe) bevollmächtigt sind, wird man in analoger Anwendung von § 55 Abs. 3 wohl die Befugniß zur Anzeige (und zwar nicht bloß hinsichtlich ihrer Einkäufe) zusprechen dürfen, des Ferneren den in einem Laden oder offenen Waarenlager Angestellten, soweit sie zu Empfangnahmen ermächtigt sind[1]) (§ 56). — Umgekehrt kann die Anzeige ergehen an den Verkäufer oder den von diesem zur Entgegennahme der Anzeige Bevollmächtigten. Die an einen Dritten, der nicht bevollmächtigt ist (z. B. an die Polizeibehörde Busch XI S. 10 f.), gerichtete Anzeige ist keine rechtmäßige Anzeige im Sinne des Gesetzbuches und wird auch nicht dadurch zur rechtmäßigen, daß der Dritte die Anzeige dem Verkäufer übermittelt. Vielmehr muß die Anzeige sich richten an die Adresse des Verkäufers oder dessen Bevollmächtigten, wobei freilich ein Dritter als Bote benutzt werden kann (Hanausek II S. 10). Zur Entgegennahme der Anzeige sind jedenfalls befugt der Prokurist und Generalhandlungsbevollmächtigte des Verkäufers, ferner kraft positiver Bestimmung Handlungsagenten und Handlungsreisende an auswärtigen Plätzen (vgl. darüber bei §§ 55 Nr. 4, 86 Nr. 3), aber auch die in einem offenen Laden Angestellten werden so weit, als sie zu Verkäufen ermächtigt gelten (§ 56), Reklamationen entgegennehmen können. Im Uebrigen entscheiden die allgemeinen Gesichtspunkte des § 54. Mäkler sind an sich nicht zur Entgegennahme von Reklamationen ermächtigt, ebensowenig Frachtführer (Busch XIII S. 238), das Arbeitspersonal, das zur Aufstellung des Kaufobjektes geschickt ist (R.O.H.G. XI S. 67), Laufburschen, Austräger u. dgl. — Ob die Anzeige direkt an den Verkäufer oder ob sie an dessen Bevollmächtigten erstattet wird, hängt vom Belieben des Käufers ab. Doch kann der Vertrag eine Verpflichtung, nur dem Bevollmächtigten anzuzeigen, statuiren, z. B. wenn der im fernen Auslande angesessene Verkäufer einen ständigen Vertreter in Deutschland hat, weil die an ihn direkt erstattete Anzeige zu spät ankommen würde. Diesenfalls wäre die an den Verkäufer in das Ausland geschickte Anzeige keine rechtsförmliche im Sinne des § 377.

---

[1]) Kann der Verkäufer die Anzeige des Bevollmächtigten nach B.G.B. § 174 zurückweisen, weil die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt wird, oder liegt in der Anzeige nur eine Rechtshandlung, nicht ein Rechtsgeschäft? Das Letztere ist wohl das Richtigere.

Digitized by Google

Nr. 52. Eine bestimmte **Form** ist für die Anzeige nicht vorgeschrieben, insbesondere braucht sie nicht schriftlich zu erfolgen (R.O.H.G. IX S. 222). Die Anzeige ist **rechtzeitig** zu erstatten, d. h. spätestens unverzüglich nach ordnungsgemäßer Untersuchung der Waare. Als Endpunkt der rechtzeitigen Absendung gilt derjenige Zeitpunkt, an dem der Käufer — vorausgesetzt, daß er ordnungsgemäß die abgelieferte Waare untersucht hatte — ohne schuldhafte Verzögerung die Anzeige absenden konnte. Bis zu diesem Zeitpunkt darf der Käufer mit der Absendung warten, selbst wenn er den Mangel früher entdeckt, selbst wenn er gar nicht untersucht hatte (vgl. oben Nr. 20, R.O.H.G. XII S. 92, XIII S. 10). Letzterenfalls ist also einerseits zu berechnen, wieviel Zeit die ordnungsmäßige Untersuchung in Anspruch genommen hätte, andererseits ob der Käufer in der Lage war, die Anzeige abzusenden, oder ob ihm ein unverschuldetes Hinderniß entgegenstand. Bei Ausfallsproben tritt die Untersuchung der Probe an die Stelle der Waare. Frühere Anzeige ist durchaus zulässig (R.O.H.G. XV S. 271).

Nr. 53. Indem das Gesetz „unverzügliche Anzeige" auf Grund „unverzüglicher Untersuchung" verlangt, weist es den Richter an, sein Augenmerk darauf zu richten, ob nicht der Reklamation auch nach vollendeter gehöriger Untersuchung Hindernisse entgegenstehen, die der Käufer nicht verschuldet hat, z. B. Hindernisse der Kommunikation, das Bestehen von Festtagen u. dgl. Ist z. B. die Untersuchung mit dem Schluß des Sonnabends beendet, so darf der Käufer mit der Abfassung und Absendung der Anzeige bis zum Montag warten.

Nr. 54. Daß die Anzeige rechtzeitig und ordnungsgemäß erfolgt ist, hat der Käufer zu beweisen; er hat zu diesem Zweck „seinen Einwand so genau thatsächlich zu substantiiren, daß der Richter in der Lage war, sich zu überzeugen, daß er der Vorschrift des Art. 347 gemäß die Waare ohne Verzug nach der Ablieferung untersucht und sofort Anzeige erstattet habe", R.O.H.G. II S. 337, Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 158 Nr. 3.

Nr. 55. Die Anzeige ist an sich eine empfangsbedürftige Willenserklärung, bedarf also an sich zur Wirksamkeit des Zugehens an den Adressaten. In dieser Beziehung greifen im Allgemeinen die §§ 130—132 des B.G.B. Platz. Die insbesondere dem geschäftsunfähigen oder minderjährigen Verkäufer gegenüber mündlich (auch durch Telephon) abgegebene oder an dessen Adresse abgesendete Anzeige wirkt auch nach Handelsrecht erst, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht (B.G.B. § 131), es sei denn, daß der Vormund des Minderjährigen seine Einwilligung zur Abgabe gegenüber dem Minderjährigen ertheilt hat. Eine Ausnahme von den Grundsätzen des B.G.B. § 130 macht jedoch Abs. 4 durch die Vorschrift, **daß zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige genüge.** Die Gefahr der Ankunft der rechtzeitig abgesendeten und gehörig adressirten Anzeige trägt also der Verkäufer. Dieser Satz gilt gleichmäßig für den Fall, daß der Adressat an einem anderen Ort, wie daß er am selben Ort wohnt. Gleichgültig ist auch die Form der Absendung, ob sie durch Post, Telegramm oder durch ein anderes Verkehrsmittel geschieht (z. B. bei Platzkauf besonderen Boten, Dienstmann, Privatbeförderungsanstalt). Es genügt, daß der Käufer nach Lage der Dinge mit der richtigen Sorgfalt in Auswahl des Ueberbringers gehandelt hat. Der Käufer hat somit nur zu beweisen, daß er die Anzeige an diejenige Person, an die er sie adressiren durfte, unter deren gehöriger Adresse (R.G. in Z. XXVI S. 571), gerichtet und rechtzeitig mit demjenigen Beförderungsmittel, das er wählen durfte, abgesandt hat. Schickt er speziell durch die Post die Anzeige ab, so wird es im Allgemeinen genügen, daß er die Form eines gewöhnlichen (frankirten) Briefes oder einer Postkarte wählt, daß der Brief „eingeschrieben" wird, wird im Allgemeinen nicht zu verlangen sein (R.O.H.G. XIX S. 154, Gareis in Endemanns Hdb. II S. 712 Anm. 63, Hanausek II S. 17 Anm. 35). Doch kann nach Lage des Falls, z. B. bei Sendungen in das Ausland, ferner wenn die Adresse des Verkäufers nicht genügend deutlich ist, eine verschärfte Vorsicht geboten sein. — Ist dem Käufer die Adresse des Verkäufers oder seines Bevollmächtigten ohne Verschulden unbekannt und bleiben von ihm gemachte Versuche zur Eruirung erfolglos, so schadet ihm die Unterlassung der Anzeige nicht. Dagegen darf der Käufer die Anzeige nicht deswegen unterlassen, weil notorisch der Käufer meist von seinem Domizil oder Geschäft abwesend sei (O. Tr. Berlin in Striethorsts Archiv LXXI S. 153 f., Hanausek II S. 19). — Umgekehrt wird dem Käufer, der nach Lage der Dinge annehmen muß, daß der Verkäufer schuldlos die Anzeige nicht erhalten habe, Wiederholung der Anzeige zur Pflicht gemacht werden müssen (R.O.H.G. XIX S. 156),

Digitized by Google

jedoch nicht mit dem Präjudiz des § 377, sondern nur mit den Folgen, den durch die Unterlassung entstandenen Schaden dem Verkäufer zu ersetzen (Hanausek II S. 18).

Die Anzeige hat sich auf den Mangel, der sich angeblich gezeigt hat, zu beziehen, **die Rüge ist zu substantiiren** (Bolze I Nr. 1086). Nicht genügt also die allgemeine Erklärung der Unzufriedenheit mit der Sendung (R.O.H.G. X S. 270), die allgemeine Angabe, die Waare sei „mangelhaft", „nicht empfangbar", „zu gering", „schlecht" (Busch IV S. 168, XVIII S. 464 f., Adler-Clemens Nr. 347), „nicht feine, sondern ordinäre Waare" (Busch XXXVI S. 186), „entspreche nicht den Erwartungen", „sei nicht preiswürdig", „Schund" (vgl. Hanausek II S. 23 Anm. 12). Vielmehr muß der Käufer die Mängel angeben, wegen deren er die Waare beanstandet (v. Krämel in Busch VIII S. 463, Wolff in Busch XV S. 328, 329, Adler-Clemens Nr. 1177). Noch weniger genügen Angaben anderer Gründe, aus denen der Käufer die Waare ablehne, z. B. daß sie nicht bestellt sei, daß der Preis zu hoch bemessen sei, daß vorzeitig geliefert sei (R.O.H.G. II S. 382, IV S. 134, V S. 262, 263, VI S. 166). Die Detaillirung des Mangels muß der ratio des § 377 entsprechend so weit gehen, daß der Verkäufer dadurch in die Lage gesetzt wird, gegen die Erschwerung oder gar Vereitelung des Beweises, daß vertragsmäßige Qualität geliefert worden sei, sich bei Zeiten zu schützen (R.O.H.G. X S. 270, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 190), beziehungsweise, daß er ermessen kann, ob er sich zur Wandlung erbieten, über die Waare und anderweit disponiren solle (R.O.H.G. XIV S. 67, B.G.B. § 466). Weiter braucht sie nicht zu gehen, der Käufer braucht nicht den Mangel, den er behauptet, bis in die kleinsten Einzelheiten zu spezialisiren (R.O.H.G. V S. 262, R.G. in Z. XXVI S. 573). Ist der Verkäufer durch die Rüge in der Lage, zu übersehen, welchen Qualitätsmangel Käufer im Auge hat, so ist die Anzeige eine genügende. So würde schon die Angabe, die Waare sei probewidrig, genügen, wenn in der vorausgegangenen Korrespondenz auf bestimmte Eigenschaften für die Sendung besonderes Gewicht gelegt war (R.O.H.G. XIV S. 157) und der Verkäufer nicht gut im Zweifel sein konnte, daß Käufer die Vertragswidrigkeit gerade in dieser Richtung rüge. Aehnlich R.O.H.G. VII S. 114, Bolze VII Nr. 574: Verkäufer hatte bei Uebersendung der Waare selbst auf einen Fehler hingewiesen, Käufer hat unter Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit der Waare abgelehnt. Das R.O.H.G. verneinte unter solchen Umständen die Pflicht des Käufers zur speziellen Bemängelung der Waare. Sofern aber derartige besondere Verhältnisse nicht vorliegen, wird man jedenfalls Angabe der Art des Mangels verlangen müssen, sei es, daß sie mit direkten Worten gekennzeichnet wird, sei es, daß durch gebrauchte Bilder oder höfliche Wendungen oder Verweisungen auf frühere Waaren (Bolze XXIII Nr. 503: „geringer als die mit dem Dampfer Bahrenfeld verladenen Rosinen") ersichtlich gemacht wird, welche Art der Käufer im Auge habe (Staub § 377 Anm. 24, vgl. auch Bolze IX Nr. 399). U. U. kann schon Hinweis auf die Usance genügen, wenn gerade diese Art von Mängeln praktisch in den Vordergrund tritt. Nr. 56.

Die Angabe, an welchen Stücken der Sendung der Mangel wahrgenommen sei, muß dann gemacht werden, wenn es sich um Käufe verschiedener Sachen, beziehungsweise Sorten handelt, die durch eine Kollektivsendung erfüllt werden (R.O.H.G. X S. 270 f., Busch V S. 472—474, XVIII S. 89, Hanausek II S. 25). Liegt bloß ein Kauf vor und darf Käufer annehmen, daß die an einzelnen Stücken wahrgenommenen Mängel sich nicht bloß auf diese beschränken, so braucht er die Zahl der mangelhaften Stücke nicht weiter anzugeben.[1]) Ebensowenig braucht er die Art seiner Untersuchung darzulegen, da ja überhaupt die Untersuchung nicht Vorbedingung der Rüge ist. Nr. 57.

Bei Mehrheit der Mängel müssen alle einzeln angegeben werden. Keineswegs reservirt sich der Käufer durch Anzeige eines Mangels das Recht, andere nicht gerügte Mängel nachträglich vorzubringen (R.O.H.G. XIV S. 68, R.G.E. XVIII S. 55, XXXVIII S. 11, Bolze III Nr. 724), vielmehr sichert ihm die Anzeige nur die Geltendmachung des gerügten Mangels. Nr. 58.

Handelt es sich um eine **ratenweise Lieferung**, so ist an sich für jede Rate eine besondere Rüge nothwendig (O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 511). Sowenig somit der Käufer die für eine frühere Rate unterlassene Rüge durch Reklamation bei einer späteren Rate nachholen kann (vgl. auch R.G.E. I S. 53 ff.), sowenig genügt die Rüge eines Mangels an einer früheren Rate für die spätere Rate. Der Käufer darf sich Nr. 59.

[1]) Das gilt auch, wenn die Erfüllung theilbar ist (R.O.H.G. XX S. 350).

Digitized by Google

insbesondere nicht darauf berufen, daß er die Rüge bei der späteren Rate unterließ, weil er annehmen durfte, die Qualität beider Raten sei die gleiche (R.G.E. I S. 63, III S. 101, XLIII S. 65). Wohl aber kann die Monitur der späteren Sendung einfach auf die früheren Bezug nehmen, ohne weitere Substantiirung (Hanausek II S. 26). Eine gänzlich andere Frage, als die obige, ist, wieweit der Käufer durch sein Verhalten gegenüber den früheren Ratensendungen die Beschaffenheit der Waare freiwillig billigte, also auf Monituren in bestimmter Richtung verzichtete. Solche Billigung kann nach Lage des Falls angenommen werden, ist aber nicht zu präsumiren (Bolze VII Nr. 584) und jedenfalls aus § 377 nicht zu entnehmen. — Alles dies gilt nur für wirkliche selbständige Ratenlieferungen. Wird die einheitliche Lieferung in mehreren äußerlich getrennten Sendungen vorgenommen, so kann Käufer bis zum Eintreffen der ganzen Sendung warten (R.G.E. XLIII S. 66).

Nr. 60. Ist eine **Ausfallsprobe** (siehe oben Nr. 49) gegeben, so hat der Käufer im Zweifel die Moniturpflicht sowohl hinsichtlich der an der Probe, wie hinsichtlich der an der nachher gelieferten Waare sich zeigenden Mängel, auch wenn die Mängel die gleichen sein sollten. Doch kann ausnahmsweise die Vereinbarung dahin gehen, daß die Rüge der an der Probe sich findenden Mängel dem Käufer die Rüge der gleichen Mängel an der Waare ersparen soll; diesenfalls bedarf er einer besonderen Monitur von Mängeln der Waare nur dann, wenn solche nicht schon bei der Ausfallsprobe gerügt waren (Hanausek II S. 76).

Nr. 61. 6. Die handelsrechtliche Pflicht des Käufers beschränkt sich auf die Anzeige der Mängel. Der Käufer ist keinesfalls gehalten, mit der Rüge die Erklärung zu verbinden, welche weiteren Schritte er vorhabe, insbesondere ob er Wandelung oder Minderung wähle (Busch XII S. 426, R.G.E. I S. 247, R.O.H.G. V S. 252, 253, 398, IX S. 206, 207, XX S. 351, R.G. in Z. XXVI S. 573, R.G.E. XXV S. 27, 28, XXVII S. 395). Vielmehr entscheidet hierüber bürgerliches Recht. Nach B.G.B. § 466 kann der Verkäufer auf die Reklamation hin sich zur Wandelung erbieten und den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Auch das bürgerliche Recht setzt also voraus, daß mit der Rüge des Käufers eine weitere Erklärung nicht verbunden zu sein braucht. Umgekehrt vermag die Erklärung des Käufers, daß er Wandelung beziehungsweise Minderung begehre, daß er die Waare zur Disposition stelle u. dgl., nicht die Mängelanzeige zu ersetzen (Busch IV S. 372, XXXVI S. 186), ebensowenig ersetzt die Zurücksendung der Waare die Rüge (Busch IV S. 372, V S. 468, Gareis, Stellen zur Disposition S. 120, Hanausek II S. 101 Anm. 28). Wohl aber kann der Käufer mit der Rüge weitere Erklärungen, insbesondere die Erklärung der **Zurdispositionsstellung** der Waare, verbinden. Der nähere Inhalt der „Zurdispositionsstellung" läßt sich nur aus den Begleitumständen entnehmen. Keinesfalls liegt darin nothwendig die Erklärung des Käufers, daß er auf die eigene Disposition über die Waare schlechthin verzichte, ebensowenig die Erklärung, daß er auf Minderung verzichte (Koch in Busch III S. 303). Vielmehr kann mit der Zurdispositionsstellung eine Erklärung des Käufers auf Wandelung oder Preisminderung verbunden sein, oder es kann daraufhin der Verkäufer dem Käufer eine solche Offerte stellen. Auch sachenrechtlich liegt in der Zurdispositionsstellung einer noch nicht zu Eigenthum erworbenen Waare an sich nicht die definitive Ablehnung der Traditionsofferte des Verkäufers, sondern zunächst nur die provisorische Bethätigung des Fehlens des Aneignungswillens[1]) (Hanausek II S. 116, R.G.E. XII S. 82). Solange die Zurdispositionsstellung vom Verkäufer nicht angenommen ist, kann der Käufer sie auch noch zurückziehen, somit die Erfüllung als geschehen anerkennen und das noch nicht erworbene Eigenthum an der Waare erwerben (Seuffert XL Nr. 301, R.G.E. XVIII S. 162). Mit der Annahme seitens des Verkäufers ist dieses Recht verwirkt (Adler-Clemens Nr. 1164). — War der Käufer bereits Eigenthümer der Waare geworden, so hört er durch die Zurdispositionsstellung nicht ohne Weiteres auf, Eigenthümer zu sein. Das Eigenthum fällt nicht ipso jure an Verkäufer zurück (R.G.E. XXVII S. 396, O.L.G. Dresden in Z. XXV S. 301). Vielmehr bedarf es eines Rückübertragungsaktes des

[1]) Der zur Disposition stellende Käufer, der nachträglich behauptet, Eigenthümer geworden zu sein, hat somit Handlungen darzuthun, aus denen sein Aneignungswille hervorgeht. Dies leugnet mit Unrecht Hanausek II S. 118. Praktisch ist die Frage für den Konkurs des Käufers.

Digitized by Google

Käufers, der freilich durch Annahme der Erklärung seitens des Verkäufers sich kraft constitutum possessorium vollziehen kann (Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 59).

7. Gleich der Untersuchungspflicht kann die **Anzeigepflicht des Käufers** durch Vertrag **eingeengt** oder **erweitert** werden. Im Allgemeinen gilt hier das oben Nr. 45 ff. Bemerkte. Hervorzuheben sind nur folgende Punkte: Nr. 62.

a) Sollte nach der Intention der Parteien erst der dritte Abnehmer des Käufers die Untersuchung vornehmen, so hat im Zweifel der Käufer dem Verkäufer gegenüber spätestens dann zu rügen, wenn die für ordnungsmäßige Untersuchung und Rüge durch seinen Abnehmer nothwendige Frist verstrichen ist. Die Folgen von durch den Abnehmer verschuldeten Verzögerungen hat also der Käufer gegenüber dem Verkäufer zu vertreten (Busch IX S. 367, R.O.H.G. XVII S. 217). Der Verkäufer ist nicht auf das Belieben des dritten Abnehmers angewiesen.

b) Der Verkäufer kann dem Käufer die Rügepflicht ganz erlassen, sei es mit ausdrücklichen Worten, sei es stillschweigend, sei es mit Bezug auf alle Mängel oder mit Bezug auf einen bestimmten Mangel. Wann dies der Fall ist, ist Thatfrage. In der bloßen Garantie gewisser Eigenschaften liegt dies natürlich nicht, auch nicht in der vertragsmäßigen Verlängerung der Verjährungsfrist, der Garantie für eine bestimmte Zeit (vgl. R.O.H.G. IV S. 185, vgl. aber auch R.G.E. XXXVII S. 81, Busch V S. 480, R.O.H.G. IX S. 14, Bolze VIII Nr. 497, XVI Nr. 421, Seuffert LIII Nr. 102), — wohl aber darin, daß der Verkäufer unter Anzeige des Mangels sich zu einer Preisreduktion erbietet. Nr. 63.

c) Die Parteien können vereinbaren, daß Reklamationen, die nicht binnen kurzer Frist erhoben werden, überhaupt nicht weiter zu berücksichtigen sind. Auch Usancen können dies bestimmen (vgl. z. B. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Nr. 465, 473, 477, 479, 480, 498, Dove-Apt S. 130 ff.). Keinesfalls ist dagegen der Verkäufer einseitig befugt, durch Vermerke in der Faktur die Reklamationsfrist abzukürzen oder nachträglich einseitig dem Käufer eine beliebige Frist zur Anzeige zu setzen. Derartige Vermerke müssen vom Käufer genehmigt werden, im bloßen Schweigen des Käufers liegt aber noch nicht nothwendig eine Genehmigung (Busch IX S. 365, XVIII S. 423, R.O.H.G. I S. 87 f., Hanausek, Fakturen S. 69, Bolze XV Nr. 355). Nr. 64.

d) Die Parteien können vereinbaren oder Usancen können bestimmen, daß der Käufer zunächst nur seine Unzufriedenheit mit der Qualität anzugeben braucht und daß die nähere Bezeichnung des Mangels einer späteren Zeit vorbehalten bleibe. So bei dem sogen. Arbitrageverfahren (R.O.H.G. XVIII S. 204, Frommer in Z. XXXIX S. 344). Nr. 65.

8. **Folgen der Unterlassung rechtzeitiger Anzeige.** Unterläßt es der Käufer, rechtzeitig zu rügen, so gilt die Waare als genehmigt, soweit es sich um bei gehöriger Untersuchung erkennbare Mängel handelt. Die Waare gilt als genehmigt, das Gesetz fingirt Genehmigung, präsumirt sie nicht etwa bloß. Es hilft somit dem Käufer nicht der Gegenbeweis, er habe nicht genehmigt, es helfen ihm ausdrückliche Proteste oder Reservationen nicht (R.O.H.G. I S. 79, 80, VII S. 309, XVI S. 320), vielmehr würde die Genehmigung auch vom Gesetz angenommen werden, wenn der Käufer zur Disposition gestellt hätte, ohne die Rüge gehörig zu substantiiren. Dabei liegt nicht etwa dem Verkäufer der Beweis ob, daß die Rüge unterlassen ist, sondern der klagende Käufer hat seinen Anspruch auf Gewährleistung wegen Mängel außer mit dem Nachweis der allgemeinen civilrechtlichen Voraussetzungen auch mit dem der rechtzeitigen Anzeige zu fundamentiren[1]) (R.O.H.G. XII S. 178, XV S. 213, XX S. 319) und das Gericht hat bei Unterlassung dieser Begründung oder bei nicht erbrachtem Beweise gehöriger Anzeige den Kläger abzuweisen, und zwar von Amtswegen — ohne daß der beklagte Verkäufer das Fehlen der Rüge einwandsweise vorbringt (Hanausek II S. 69, 70). Das Entsprechende gilt, wenn der Käufer, auf Zahlung verklagt, einredeweise den Mangel geltend macht; hier hat er die gehörige Rüge nachzuweisen (R.O.H.G. II S. 337 f., 379, III S. 46, IV S. 46, VII S. 430, VIII S. 336, IX Nr. 66.

[1]) Darüber oben Nr. 54. Wer hat die Ablieferung zu beweisen? Hier ist zu unterscheiden: Bestreitet Käufer die Thatsache der Ablieferung überhaupt, so hat Verkäufer diese nachzuweisen; hier wird ja vom Käufer die Anwendbarkeit des § 377 überhaupt bestritten (vgl. oben Nr. 28; R.G.E. V S. 30). Giebt Käufer die Ablieferung zu, beruft er sich aber auf einen bestimmten Zeitpunkt der Ablieferung, um die Rechtzeitigkeit seiner Anzeige darzulegen, so hat er diesen Zeitpunkt nachzuweisen (R.O.H.G. II S. 338).

Digitized by Google

S. 222, XIV S. 265, XXII S. 85, R.G.E. III S. 101), und der Richter hat von Amtswegen, ohne daß der Kläger die mangelnde Begründung rügt, zu prüfen, inwieweit der erhobene Einwand thatsächlich begründet und die Thatsachen nachgewiesen sind (R.O.H.G. VI S. 210, VII S. 310, XXIII S. 171).

Nr. 67. Die Waare gilt als genehmigt mit Bezug auf alle nicht gerügten Mängel (R.G.E. XVIII S. 55), es sei denn, daß ein Mangel bei gehöriger Untersuchung nicht erkennbar war. Schon die Fassung weist darauf hin, daß es wiederum dem Käufer obliegt, nachzuweisen, daß der nicht gerügte Mangel bei gehöriger Untersuchung nicht erkennbar war. Das Gesetz präsumirt also Erkennbarkeit der Mängel, Nichterkennbarkeit muß besonders dargelegt werden von dem, der sie zu seinen Gunsten geltend macht, d. h. vom Käufer. Der Käufer hat also die Gründe darzulegen, aus denen der betreffende Mangel trotz gehöriger Untersuchung nicht erkannt werden konnte (Busch V S. 477, R.O.H.G. VII S. 430).

Nr. 68. Ist eine Ausfallsprobe gegeben, so hat die Unterlassung der Rüge hinsichtlich der Probe nach dem Vertrage die Folge der Genehmigung mit Bezug auf alle aus der Untersuchung der Probe erkennbaren Mängel der Waare, der Käufer kann solche also nachträglich nicht mehr rügen (Busch VIII S. 324, Bolze VII Nr. 585, IX Nr. 401). Umgekehrt hat die rechtzeitige Rüge solcher Mängel im Zweifel nicht die Folge, daß nach Ablieferung der Waare es einer weiteren Monitur mit Bezug auf sie nicht bedarf. Vielmehr ist nun nochmals nach § 377 zu untersuchen und zu rügen, und die Unterlassung dieser zweiten Rüge birgt, auch wenn es sich um die gleichen Mängel handelt, das gleiche Präjudiz der Genehmigung in sich (v. Hahn § 23 zu Art. 347). Doch kann die Absicht der Parteien auf Erlaß der zweiten Rüge gehen.

Nr. 69. Weil die Waare als genehmigt gilt, verliert der Käufer den Anspruch auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz, soweit nicht Absatz 5 eine Ausnahme begründet, ebenso verliert er den Anspruch auf Ersatz der ihm durch Untersuchung oder verspätete Anzeige erwachsenen Kosten. Er kann sich nunmehr auch nicht auf B.G.B. § 478 Abs. 1 berufen. Denn da sein Anspruch durch Genehmigung erloschen ist, ist eine Verjährung des Anspruches nicht mehr in Frage kommend.

Nr. 70. 9. **Durch die rechtzeitige und gehörige Absendung der Rüge sichert sich dagegen der Käufer alle ihm nach bürgerlichem Recht zustehenden Ansprüche,** insbesondere verschafft ihm die rechtzeitige Anzeige auch den Vortheil des B.G.B. § 478 Abs. 1, daß er auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern darf, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde und des B.G.B. § 479, daß der Anspruch auf Schadensersatz (bei Zusicherungen) auch nach Vollendung der Verjährung aufgerechnet werden kann. Umgekehrt kann auf die Rüge hin der Verkäufer dem Käufer das Präjudiz des B.G.B. § 466 stellen.

Nr. 71. Auch die bei gehöriger Untersuchung nicht erkennbaren Mängel[1]) muß der Käufer unverzüglich nach der späteren — zufälligen oder planvollen — Entdeckung anzeigen, bei Vermeidung des gleichen Präjudizes. Daß der Käufer sie entdeckt hat, ist im Bestreitungsfalle vom Verkäufer zu beweisen. Umgekehrt hat Käufer den Nachweis zu führen, daß die Mängel verborgen seien (R.O.H.G. VII S. 430, ferner, daß er unverzüglich nach der Entdeckung monirt hat und zu diesem Behufe zwar nicht das bestimmte Datum der Entdeckung, aber doch den ungefähren Zeitpunkt und die näheren Umstände der Entdeckung darzulegen (R.O.H.G. IV S. 46). Unter Entdeckung ist nicht eine bloße Vermuthung, sondern die sichere Feststellung des Vorhandenseins zu verstehen (R.O.H.G. XV S. 215, Bolze I Nr. 1085, IX Nr. 405); der Grund des Mangels braucht nicht klar zu sein (Bolze XVI Nr. 425).

[1]) Zu solchen nicht erkennbaren Mängeln gehören nicht bloß solche, die erst bei besonderer Verwendung der Waare oder nach längerem Gebrauch hervortreten, sondern möglicherweise auch sofort sinnlich wahrnehmbare, wenn sich die Untersuchung auf die betreffenden Objekte, an denen sie zu Tage treten, gerichtet hätte. Denn da bei einer Quantität von Waaren der Käufer nicht alle Stücke, sondern nur einen Theil zu untersuchen braucht (oben Nr. 37), so sind die an den übrigen Stücken befindlichen Mängel „nicht erkennbare" im Sinne des Gesetzes (R.O.H.G. XII S. 92, Gareis, Stellen zur Disposition S. 63 Anm. 5). -- Ist eine Ausfallsprobe gegeben, so muß der Käufer die an dieser nachträglich, aber vor Ablieferung der Waare sich zeigenden Mängel ebenfalls rügen.

Digitized by Google

10. Die Folgen nicht rechtzeitiger Rüge treten nicht ein, falls der Verkäufer die ungehörige Rüge anerkennt (R.O.H.G. VII S. 310 f., XIX S. 334, Bolze III Nr. 706). Solch' Anerkenntniß liegt aber in dem bloßen Schweigen, z. B. auf die Rücksendung der Waare, noch nicht (Busch I S. 235). Nr. 72.

Sie treten weiter nicht ein bei **arglistigem Verschweigen** der Mängel durch den Verkäufer oder dessen Bevollmächtigten, beziehungsweise Gehülfen (dagegen schadet nicht das Verhalten seines Rechtsvorgängers Hanausek II S. 360). Der Begriff des arglistigen Verschweigens ist derselbe wie im B.G.B. §§ 443, 460, 476, 480. Der Verkäufer muß den Mangel nicht bloß gekannt, sondern den ihm bekannten Mangel in der Absicht, den Käufer zu täuschen, diesem verschweigen (O.L.G. Köln in Z. XL S. 515, Planck zu § 443). Dies wird dann stets anzunehmen sein, wenn er sich sagen mußte, der Käufer könne die Waare wegen des Mangels nicht als annehmbar betrachten (R.G.E. I S. 300), da solchenfalls anzunehmen ist, er habe darauf spekulirt, daß der Käufer die rechtzeitige Untersuchung und Rüge versäumen werde. Fehlt diese Voraussetzung, so wird es der Darlegung besonderer Thatumstände zum Nachweise der Arglist bedürfen, z. B. der Verkäufer hatte ausdrücklich die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare versichert oder die Art der Verpackung so eingerichtet, daß erhellt, der Käufer solle getäuscht werden (R.O.H.G. II S. 192). Der Umstand, daß ein früherer Käufer die Waare wegen mangelhafter Beschaffenheit zurückgewiesen hatte, beweist noch nicht Arglist im Verschweigen, denn der Verkäufer kann der Ansicht gewesen sein, die Zurückweisung beruhe auf der subjektiven Auffassung des ersten Käufers (O.L.G. Dresden in Z. XL S. 514). — Bei nicht leicht erkennbaren Mängeln, die der Verkäufer kannte, wird Arglist leichter anzunehmen sein, als bei solchen, die durch gehörige Untersuchung erkannt werden können. Jenenfalls wird die Annahme nahe liegen, daß Verkäufer die Waare an Käufer in der Erwartung abgeliefert habe, daß derselbe die kontraktswidrige Beschaffenheit nicht bemerken werde (R.O.H.G. IV S. 186, XV S. 216); vgl. Hanausek II S. 362). Nr. 73.

Das arglistige Verschweigen muß sich auf den Mangel der Waare, nicht auf sonstige Vertragsmodalitäten beziehen, und es muß beim Abschluß oder doch bei der Erfüllung des Kaufvertrages vorliegen (R.O.H.G. II S 191). Auch muß das Unterbleiben der Rüge eine Folge des arglistigen Verschweigens sein, was freilich zu vermuthen ist. Nr. 74.

Unter solchen Voraussetzungen gilt für den Käufer einfach bürgerliches Recht. Der Käufer hat den Anspruch auf Gewährleistung auch ohne Rüge, ja sogar, wenn er den Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit nicht wahrgenommen hat (B.G.B. § 460), es kommt ihm ferner das Privileg des B.G.B. § 478 auch ohne Anzeige des Mangels zu statten, die Klagen verjähren in 30 Jahren (B.G.B. §§ 477, 195), etwaige Vereinbarungen, die dem Verkäufer die Gewährleistung erlassen, sind nichtig (B.G.B. § 476) u. s. w. Nr. 75.

11. Umgekehrt verliert der Käufer nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch ausdrückliche oder stillschweigende freiwillige Genehmigung der Waare den Anspruch auf Gewährleistung wegen Mängel. Wann solche Genehmigung vorliegt, entscheidet sich aber nicht aus § 377 (R.G.E. I S. 300, XVII S. 67). In der bloßen Weiterversendung der Waare durch den Käufer liegt sie nicht, auch nicht in der Weiterveräußerung,[1]) zumal dann nicht, wenn der Käufer dadurch frühere Engagements erfüllen oder sich gegen Verlust decken will. Nr. 76.

---

[1]) Die Frage war bekanntlich für das ältere Recht eine sehr bestrittene. Vgl. Eck, Beitrag zur Lehre von den ädilicischen Klagen in „Festgabe für Georg Beseler S. 161 f., Hanausek II S. 263 ff., v. Hahn zu Art. 347 § 17. Jetzt ergiebt sich aus B.G.B. §§ 467, 353, 354, daß durch die Weiterveräußerung der Anspruch des Käufers auf Wandelung nicht ohne Weiteres untergeht. Für den Anspruch auf Minderung war dies ohnehin schon anerkannt (R.O.H.G. XXII Nr. 8, R.G.E. XLIII S. 67, 37). Doch können die Begleitumstände die Genehmigung enthalten (R.G.E. XVII S. 68). Als solchen Begleitumstand sieht das R.G. in dieser Entscheidung an, daß der Käufer vorher die Waare zur Disposition gestellt hatte und nachher veräußerte. Indessen kann diese Argumentation kaum befriedigen. Denn zur Disposition wird überwiegend gestellt, und in der Zurücknahme der Zurdispositionsstellung durch Verkauf liegt keineswegs nothwendig eine Genehmigung der Waare. Doch ist dann wohl wenigstens die Wandelungsklage ausgeschlossen. Vgl. auch Staub § 377 Anm. 54, auch R.G.E. XXXIX Nr. 43.

Digitized by Google

Die Verarbeitung oder Vermischung der Waare[1]) oder deren Gebrauch nach Erlangung der Kenntniß vom Mangel kann Genehmigung darstellen, doch ist dies nicht nothwendig,[2]) z. B. der Käufer ist durch die Noth gezwungen, das auch minderwerthige Fabrikat herzustellen. — Beim Kauf auf Probe bedeutet die Billigung des Kaufobjekts im Zweifel nicht, daß der Käufer auf die Geltendmachung aller Mängel verzichte und die Waare schlechthin genehmige. Vielmehr wird er heimliche Mängel auch hier nachträglich rügen können (R.O.H.G. XIV S. 289). Das Entsprechende gilt beim Kauf nach Probe, wenn an der Waare ein Mangel hervortritt, der zwar der Probe anhaftete, aber aus der Probe trotz gehöriger Untersuchung nicht erkannt werden konnte (vgl. oben Nr. 68). Bemerkte beim Kauf nach Probe der Käufer noch vor der Ablieferung der Waare solchen Mangel an der Probe und nimmt er daraufhin die Waare anstandslos entgegen, so greift B.G.B. § 464 Platz.

Nr. 77. 12. Im Uebrigen gelten durchaus die in diesem Kommentar nach dessen Plan nicht näher zu erörternden Grundsätze des bürgerlichen Rechts über die Zahl der Rechtsmittel[3]) (Wandelungsrecht, Minderungsrecht, beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft und bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers Anspruch auf Schadensersatz, bei Mängeln von generisch bestimmten Sachen Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sachen an Stelle der mangelhaften — unbeschadet des allgemeinen Anspruches auf Schadensersatz, wenn die mangelhafte Lieferung auf ein Verschulden des Verkäufers zurückführt), das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung, die Grundsätze über die Wandelung und die Minderung, die Beweislast u. s. w.

Nr. 78. Hervorzuheben ist, daß eine Präklusivfrist für die Geltendmachung der Mängel das neue Recht nicht mehr kennt, ebenso unbekannt ist ihm eine besondere Verjährung der Ansprüche aus dem Handelskauf. Es gelten die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. §§ 477 –479, bei Werklieferungsverträgen des B.G.B. §§ 634, 635, 638, 639.

Nr. 79. 13. Die **Beweislast** insbesondere anlangend, so hat zwar, wie (oben Nr. 54) betont ist, Käufer zu beweisen, daß er rechtzeitig gerügt hat. Dagegen liegt dem Verkäufer der Beweis ob, daß die Waare die kontraktliche, beziehungsweise gesetzliche Beschaffenheit besaß, weil er den Nachweis der vollständigen Erfüllung des Kaufvertrages zu erbringen hat. Dieser für das frühere Recht eingenommene Standpunkt (vgl. R.O.H.G. II S. 179, XI S. 185) trifft auch für das neue Recht zu (vgl. B.G.B. §§ 345, 358). Es gilt dies auch dann, wenn Käufer den Kaufpreis im Voraus gezahlt hat, die Waaren, ohne sie anzunehmen, zur Disposition stellt (R.O.H.G. II S. 181) und den Kaufpreis mit dem Wandelungsanspruch zurückfordert (R.O.H.G. XI S. 185, XV S. 217 f. und die dort citirten) oder wegen nicht gehöriger Erfüllung Schadensersatzansprüche erhebt (vgl. Seuffert XLIII Nr. 13, R.G.E. XLI Nr. 62, a. A. Bruck, Beweislast S. 98—100). Nur, wenn Käufer die ihm als Erfüllung angebotenen Waaren als Erfüllung angenommen hat, trifft ihn die Beweislast, wenn er nachträglich Mängel behauptet (B.G.B. § 363). Als Erfüllung angenommen hat der Käufer die Waaren aber noch nicht mit der bloßen Entgegennahme, sondern es muß der Wille des Käufers erkennbar sein, in der ihm als Erfüllung angebotenen Leistung Erfüllung zu erblicken (Schollmeyer S. 280). Insbesondere wird dies der Fall sein, wenn er dem Verkäufer den Empfang der Waare anzeigt, wenn er die Waare eine gewisse Zeit behält, ohne sich zu äußern, wenn er über sie thatsächlich oder rechtlich verfügt („verbraucht" R.O.H.G. VI S. 104). Ebenso aber trifft den Käufer die Beweislast nach allgemeinen Grundsätzen, wenn er durch seine Schuld dem Verkäufer die Beweisführung unmöglich macht (vgl. oben S. 8 Nr. 23).

---

[1]) Ihr Einfluß auf die Wandelung ergiebt sich aus B.G.B. §§ 467, 352; über Einfluß des Gebrauchs R.G.E. XXII S. 78 ff.; vgl. auch Seuffert XLII Nr. 132, R.G.E. XLIII S. 69.

[2]) Zu weit ging auch hier das R.O.H.G., z. B. X S. 273; zur Kasuistik z. B. Seuffert XXXVII Nr. 119, Bolze XXI Nr. 468, IV Nr. 709, 728.

[3]) Durch Usancen ist freilich der Wandelungsanspruch sowie der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (nach B.G.B. § 480) mitunter ausgeschlossen. Insbesondere gilt dies im Getreidehandel, wo dann die Höhe der Minderwerthigkeit durch Arbitrage festgestellt wird (Klausel „freundschaftliche Arbitrage") Dove-Apt S. 215, Frommer in Z. XXXIX S. 325 ff.; vgl. auch Bolze XIX Nr. 541. Die Arbitratoren fällen ein arbitrium merum, an das die Parteien unbedingt gebunden sind.

Digitized by Google

C. **Aelteres Recht.** Das alte H.G.B. Nr. 80.

a) legte die Untersuchungs- und Rügepflicht nur bei Distanzgeschäften, nicht bei Platzkäufen auf, doch dehnten sie Landesrechte auf Platzkäufe aus;

b) es legte beide Pflichten dem Käufer auch bei einseitigen Handelsgeschäften auf.

c) Nach Art. 349 Abs. 1, 3 konnte der Käufer nach Ablauf von sechs Monaten seit der Ablieferung der Waare entdeckte Mängel überhaupt nicht mehr geltend machen und, wenn die Anzeige der Mängel nicht innerhalb der Frist von 6 Monaten nach der Ablieferung erstattet war, auch keine Einrede wegen irgend eines Mangels vorbringen, es sei denn, daß der Verkäufer betrog (Art. 350). Diese Bestimmung fehlt dem neuen Recht.

d) Nach Art. 349 Abs. 2 verjährten die Klagen gegen den Verkäufer wegen Mängel (vom Falle des dolus desselben abgesehen) in sechs Monaten nach der Ablieferung an den Käufer. Doch ließ die Verjährung die Einreden bestehen, falls rechtzeitig angezeigt war. Aehnliche Bestimmungen enthalten die §§ 477—479 des B.G.B.

§ 378.

Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Waare oder eine andere als die bedungene Menge von Waaren geliefert ist, sofern die gelieferte Waare nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

Entw. I § 350, II § 371; Denkschr. I S. 225, II S. 3249.

Die nur auf Qualitätsmängel anwendbaren Vorschriften des § 377 dehnt § 378 auf zwei weitere Fälle aus: Nr. 1.

a) **den Fall, daß eine andere, als die bedungene Waare geliefert ist,**

b) **auf den Fall, daß Quantitätsmängel vorhanden sind,**

unter der Einschränkung, daß die Abweichungen nicht so erheblich sind, daß die Lieferung offensichtlich für den Käufer zwecklos ist. Unter diesen Voraussetzungen hat also — gleichgültig, ob es sich um ein Distanz- oder Platzgeschäft handelt — der Käufer, wenn der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft ist, die Untersuchungs- und Rügepflicht mit dem Präjudiz der Genehmigung, es sei denn, daß die Abweichungen bei der Untersuchung nicht erkennbar waren oder daß der Verkäufer sie arglistig verschwiegen hat. Die Veranlassung zu dieser — dem alten Recht — unbekannten Ausdehnung der Rügepflicht gab die Erfahrung, daß die Unterscheidung zwischen einem Qualitätsmangel und einer Gattungsverschiedenheit häufig außerordentlich schwierig ist,[1]) daß ferner ihre Resultate praktisch bedenklich und den Intentionen der Parteien nicht entsprechend erscheinen — insofern ein Qualitätsmangel u. U. viel schwerwiegender für den Käufer sein kann, als eine Gattungsdifferenz (man bedenke z. B. völlig verdorbene Waare derselben Gattung und gute Waare einer verwandten Gattung). Auch bei Quantitätsmängeln erhebt sich nicht selten die Frage, ob es sich nicht zugleich um einen Qualitätsmangel handelt (siehe oben § 377 Nr. 16), und auch ohnedies kann hier die Abweichung von dem Vertrage eine geringere Bedeutung haben, als bei Qualitätsmängeln. Ueber diese beiden Fälle hinaus ist aber die Anwendbarkeit des § 378 ausgeschlossen, demnach z. B. bei Verstoß des Käufers wider die Preisberedung, bei Ablieferung an vertragswidrigem Orte u. s. w. (siehe bei § 377 Nr. 13, 14).

Die Hauptanwendung wird der § 378 bei Gattungskäufen finden.[2]) Aber Nr. 2.
das Gesetz beschränkt ihn nicht darauf. Auch beim Spezieskauf kann eine andere, als die bedungene Waare geliefert werden, ohne daß die Abweichung eine erhebliche für den Käufer ist. Wählt der Kaufmann X bei dem Fabrikanten Y von zwei eisernen Geldspinden — die in Kleinigkeiten differiren, z. B. im Verschluß, in der Ornamentik — das eine aus und übersendet ihm Y das andere — weil sich inzwischen heraus-

[1]) Vgl. dazu Schlodtmann in Z. XXXVII S. 1 ff., Gareis, Stellen zur Disposition S. 15 Anm. 1 und in Endemanns Hdb. II S. 687, Hanausek, Haftung I S. 228 ff.

[2]) Auf solche beziehen sich die Entsch. der älteren Praxis, die zu diesem § Anlaß gaben.

Digitized by Google

gestellt hat, daß jenes bereits verkauft war — so liegt Lieferung eines aliud vor, aber eines aliud, das von der Bestellung nicht erheblich abweicht.[1]) Desgleichen kann beim Spezieskauf sowohl ein Mehr, als ein Weniger geliefert werden. Ein Weniger: handelt es sich z. B. um Kauf eines Sachinbegriffes (Waarenlager, Bibliothek, Zimmereinrichtung) oder um Aversionalkauf — und enthält die Lieferung ein Manko gegenüber dem Vertrage, so kann § 378 gegeben sein. Der Fall der Lieferung eines Mehr wird nicht gerade häufig praktisch werden, ist aber nicht ausgeschlossen, z. B. wenn der Preis nach der Stückzahl bestimmt war und diese sich nachträglich größer erweist, als vom Verkäufer zugesichert war. Festzuhalten ist, daß die Tragweite des § 378 eine geringere als die des § 377 ist.

Nr. 3. Das Privilegium des Verkäufers ist weniger umfassend, als im Falle der Qualitätsmängel. Das Gesetz stellt das Präjudiz der Genehmigung für den Käufer bei unterlassener Rüge nicht unterschiedslos hin, sondern nur dann, wenn die gelieferte Waare nicht so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Der Käufer hat also bei Lieferung des aliud oder bei Lieferung mit einem Quantitätsmangel nicht stets die Rügepflicht. Dies ist besonders von Wichtigkeit beim Spezieskauf, aber auch beim Gattungskauf in Fällen, in denen es nicht unzweifelhaft ist, ob ein aliud oder nur ein Qualitätsmangel gegeben ist. Je nach dem Ergebniß der Sachverständigenaussage kann die unbedingte Rügepflicht des § 377 oder die beschränkte Rügepflicht des § 378 zur Anwendung gelangen.

Im Einzelnen gilt:

Nr. 4. 1. **Lieferung eines aliud.** Wann ein aliud geliefert ist, ergiebt sich beim Spezieskauf von selbst. Jede andere, als die wirklich gekaufte Sache, ist ein aliud — mag sie jener noch so sehr an Aussehen und Werth gleichen — und umgekehrt ist Lieferung der wirklich gekauften Sache nie Lieferung eines aliud, auch wenn der Fehler noch so bedeutend ist. Letzterenfalls hat also stets § 377, ersterenfalls stets § 378 Platz zu greifen. Handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare bewegliche Sache (§ 381 Abs. 2), so wird die Untersuchung, ob die hergestellte Sache nur mit Mängeln behaftet ist oder ob sie ein aliud darstellt, nicht so leicht sein. Hier ist das Sachindividuum beim Abschluß des Vertrages noch nicht da. Was die Parteien wollten, ist die Schaffung einer beweglichen Sache von bestimmter Beschaffenheit. Weist die hergestellte Sache die Merkmale auf, die dem Begriff der ins Auge gefaßten Sache entsprechen, so ist stets § 377 anzuwenden, auch wenn sie noch so mangelhaft ist. § 378 ist nur dann anwendbar, wenn sie nicht die bestellte Sache ist. Bestellt der Kaufmann z. B. eine kunstgewerbliche Holzschnitzerei für ein Uhrgehäuse, so liegt ein aliud vor, nicht bloß, wenn eine Sache geliefert wird, die nicht Holzschnitzerei ist, sondern auch dann, wenn eine Holzschnitzerei für einen Bilderrahmen geliefert wird; dagegen Qualitätsmangel, wenn die Schnitzerei schwere Fehler aufweist. Wird ein goldener Tafelaufsatz nach Zeichnung bestellt, während ein silberner geliefert wird, so liegt zweifellos ein aliud vor. Wie aber, wenn der gelieferte Tafelaufsatz in Größe oder Form von der Zeichnung erheblich abweicht? Wie, wenn die für Gas oder Elektrizität bestellte Krone nur als Lichterkrone geliefert wird oder wenn sie weniger Arme enthält, als der Verabredung entspricht? Hier wird Alles darauf ankommen, ob die Parteien diese Eigenschaften zu begriffsbestimmenden erheben oder nicht. Im Zweifel wird § 377 anzuwenden sein (vgl. hierzu Bolze XII Nr. 458—460).

Nr. 5. Beim Gattungskauf ist ein aliud im Zweifel anzunehmen, wenn die gelieferte Waare von ganz anderem Stoff, als die bestellte, ist, z. B. Weizen statt Roggen, Kaffee statt Kakao, Glas statt Diamant (vgl. Bolze XXI Nr. 470). Dem Stoff entspricht bei Waaren, in denen nicht das Material, sondern der geistige Inhalt die Hauptsache ist (Büchern, Gemälden, Statuen), der Inhalt, beziehungsweise die Autorschaft. Unter Stoffverschiedenheit fällt auch, wenn der bestellte Stoff mit anderem Stoff gemischt ist, z. B. vergoldete Waare statt goldener (aus der Judikatur R.O.H.G. XV S. 415, Bolze III Nr. 708, IV Nr. 706, V Nr. 673, XXIII Nr. 523). Doch kann auch der Stoff verhältnißmäßig gleichgültig sein (Stahlfedern und eiserne Federn, Busch XV S. 187 f.) oder die Mischung mit einem anderen Stoff einen Einfluß nur auf die Qualität üben (Zusätze zu Wein, Bier — degegen Kunstwein statt Wein ein

[1]) Der Fall kann ebenso praktisch werden beim Werklieferungsvertrag (§ 381 Abs. 2). Darüber unten Nr. 4.

Digitized by Google

aliud). — Ist die gelieferte Waare vom selben Grundstoff, aber von einem anderen, als dem bestellten Ursprung, so kommt es auf die Verkehrsauffassung an, ob darunter ein aliud zu verstehen ist oder nicht (vgl. B.G.B. § 119 Abs. 2). Danach hat sich zu entscheiden, ob Afrikanischer statt Mexikanischem Kaffee, Havanna- statt Javacigarren, unechte statt echter Cigaretten ein aliud darstellen (vgl. Bolze V Nr. 671c, XI Nr. 402, XII Nr. 465, XXII Nr. 435; ferner den Fall bei Schlodtmann: sibirischer Moschus statt Tonkin-Moschus). Das Entsprechende gilt, wenn Stoff und Ursprung gleich, aber die Sorte verschieden ist (Prima- und Sekundaqualität, Sommer- und Wintererbse, R.O.H.G. VII S. 409ff., XXIV S. 404) oder der Jahrgang ein verschiedener ist. Bei Fabrikaten wird auf die Verkehrsauffassung hinsichtlich Form, Farbe u. s. w. zu achten sein.

Meist wird beim Gattungskauf die Frage, ob ein aliud vorliegt, sich decken mit der, ob die Abweichung eine besonders erhebliche ist oder nicht.

Die Lieferung des aliud kann sich im Uebrigen auf die ganze Bestellung Nr. 6.
oder nur einen Theil derselben beziehen. Es ist ferner gleichgültig, ob der Verkäufer wußte oder nicht wußte, daß die gelieferte Waare sich mit der bestellten nicht deckte. Ist der Verkäufer jedoch arglistig, so greift § 378 nicht Platz.

Wird ein aliud geliefert, so hat der Käufer unverzüglich nach der Ab- Nr. 7.
lieferung,[1]) soweit dies sein ordnungsmäßiger Geschäftsgang zuläßt, zu untersuchen und von der dabei entdeckten Abweichung dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Ebenso ist Anzeige zu machen, wenn die verborgene Differenz später von ihm entdeckt wird. Die Anzeige ist auch hier genügend zu substantiiren, der Käufer hat dem Verkäufer Klarheit zu verschaffen, daß die Vertragswidrigkeit darin besteht, daß ein aliud geliefert ist. Dabei wird der allgemeine Hinweis auf diejenigen Momente, die die gelieferte Sache zum aliud machen, genügen, eine spezielle Begründung wird nicht nöthig sein.[2]) Unterläßt der Käufer die rechtzeitige Anzeige der entdeckbaren Differenz, so gilt die Waare als genehmigt, der Käufer hat an Stelle der bestellten Sachen andere an Erfüllungsstatt angenommen (B.G.B. § 364). Mit der rechtzeitigen Anzeige wahrt sich dagegen der Käufer sein Recht, Erfüllung vom Verkäufer zu verlangen. Da der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt hat (R.O.H.G. VII S. 410, XIV S. 370), so finden die Grundsätze über Gewährleistung wegen Mängel der Sache auf diesen Fall keine Anwendung (a. A. Staub § 378 Anm. 5). Von Wandelung und Minderung ist hier keine Rede. Vielmehr kann der Käufer sich lediglich auf Nichterfüllung seitens des Verkäufers stützen. Ist der Verkäufer in Verzug, so kann Käufer nach B.G.B. § 326 gegen ihn vorgehen. Dabei hat Käufer auch hier die rechtzeitige Anzeige nachzuweisen, während dem Verkäufer der Nachweis der Erfüllung obliegt. Hatte jedoch der Käufer das aliud in Unkenntniß als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, daß ein aliud geleistet ist (B.G.B. § 363).

Das oben Gesagte wird modifizirt, wenn die Lieferung des aliud durch Irr- Nr. 8.
thum des Verkäufers erfolgt ist, diesenfalls bleiben dem Verkäufer die allgemeinen Rechtsbehelfe. § 378 ist nur zu seinen Gunsten, nicht zu seinem Schaden da.

Die Rügepflicht des Käufers **greift nicht Platz**, wenn die gelieferte Nr. 9.
Waare **„offensichtlich so erheblich von der Bestellung abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte."** Vielmehr ist die Sachlage dann so anzusehen, als ob unbestellte Waaren zugesendet wären. Die Fassung des Gesetzes weist darauf hin, daß es gleichgültig ist, welches die subjektive Ansicht des Verkäufers von der Waare ist, ob er sie für die bedungene oder nicht bedungene hielt, ob er annahm, daß die Abweichung von der Bestellung eine geringe oder erhebliche sei, daß der Käufer thatsächlich genehmigen oder nicht genehmigen werde. Ebensowenig kann es natürlich auf die subjektive Meinung des

[1]) Der Begriff ist hier der gleiche wie in § 377. Zur sofortigen Rüge ist also der Käufer dann nicht gehalten, wenn im Platzgeschäft an Stelle der ihm realiter im Laden tradirten und von ihm zurückgelassenen Waare ihm nachträglich eine andere ins Haus geschickt wird; hier war bereits im Laden die Waare an ihn abgeliefert, und die Zusendung erfolgte nicht auf Grund des Kaufes. Doch kann dann in seinem Schweigen Genehmigung liegen.

[2]) Da es nicht selten zweifelhaft sein wird, ob Lieferung eines aliud oder nur Qualitätsmangel vorliegt, so wird Käufer gut thun, seine Rüge so einzurichten, daß sie auf beide Fälle zutrifft, um sich alle Rechtsmittel zu wahren.

Digitized by Google

Käufers ankommen. Vielmehr muß der objektive Befund ein solcher sein, daß ein verständiger Verkäufer sich sagen mußte, daß unter den gegebenen Umständen auf Genehmigung des aliud durch einen verständigen Käufer nicht zu rechnen sei (vgl. auch Staub § 378 Anm. 2). Am einfachsten liegt der Fall, wenn der bloße Vergleich zwischen dem bestellten und dem gelieferten Objekt ohne Weiteres eine totale, jedem einleuchtende Verschiedenheit zwischen beiden ergiebt (z. B. ein Similidiamant ist für einen echten geliefert, aber auch ein Lenbach statt eines Makart, unrichtig Adler in Holdheim VI S. 81). Aber es ist auch der dem Verkäufer bekannte Zweck, den der Käufer mit der Waare verbindet, zu berücksichtigen. Hat hiernach die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen zu gelten, ohne daß die Divergenz für Jedermann in die Augen springt, so muß § 378 gleichfalls außer Anwendung bleiben. Diese letzteren Fälle sind die eigentlich praktischen. Der Richter wird hier häufig auf die Gutachten der Sachverständigen angewiesen sein, da er mit den einschlägigen wirthschaftlichen Verhältnissen nur selten vertraut sein wird. Die Analogie auch dieses Gesichtspunktes mit dem in B.G.B. § 119 Abs. 2 ist in die Augen fallend. Beim Gattungskauf wird häufig die Sachlage so liegen, daß dieselben Gesichtspunkte, die zur Annahme eines „aliud" führen, zur Unanwendbarkeit des § 378 wegen erheblicher Divergenz drängen werden (vgl. z. B. R.O.H.G. XXIV S. 406, VII S. 411). Anders beim Spezieskauf. Nicht recht klar ist, was das Gesetz mit der Hinzufügung des Wortes „offensichtlich" bezweckte. Daß die Abweichung eine augenscheinliche sei, kann offenbar nicht gemeint sein, da bei manchen Waaren die Ergründung der Natur nur auf Grund einer genauen Untersuchung möglich ist, ebensowenig, daß sie jedem, auch nicht Sachverständigen, einleuchtend ist. Vielmehr sollte damit wohl nur die Notorietät und Zweifellosigkeit der Erheblichkeit gekennzeichnet werden; der Richter wird somit nur dann in der Lage sein, Freiheit von der Prüfungspflicht anzuerkennen, wenn das Urtheil der vernommenen Sachverständigen ein einmüthiges über die Bedeutsamkeit der Abweichung ist.

Nr. 10. 2. **Quantitätsmängel.**

a) Liefert der Verkäufer **weniger**, als bestellt war, und ist die Leistung des Restes möglich, so ist der Käufer grundsätzlich berechtigt, die Theilleistung abzuweisen (B.G.B. § 266). Der Käufer kann aber auch annehmen und den Rest einklagen. Ist die Leistung des Restes unmöglich, so muß der Käufer zwar den Theil annehmen, er hat aber, falls Verkäufer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, nach B.G.B. § 325 hinsichtlich des Restes das Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Rücktritt vom Vertrage und Preisminderung. Hat die theilweise Erfüllung für den Käufer kein Interesse, so kann er vom ganzen Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen. — Hat der Verkäufer die Unmöglichkeit der Restleistung nicht zu vertreten, so kann der Käufer nur Preisminderung verlangen (B.G.B. § 323 Abs. 1). — Was die Beweislast betrifft, so hat Verkäufer Lieferung der vollen Quantität nachzuweisen, es sei denn, daß der Fall des B.G.B. § 363 gegeben ist (vgl. auch R.O.H.G. XIII S. 266, XV S. 305).

Alle diese Rechte bleiben dem Käufer auch nach Handelsrecht. Nur hat er nach § 378 die Verpflichtung, unverzüglich nach der Ablieferung die Waare zu untersuchen und von dem entdeckten Manko unverzüglich Anzeige zu machen, desgl. von später entdeckten Fehlbeträgen.[1]) Die Rüge hat hier die Thatsache des entdeckten Mankos zu enthalten, der genauen Angabe, wie viel fehlt, bedarf es nicht. Ebensowenig der Angabe, wie sich der Käufer hinsichtlich der ihm zustehenden Rechtsmittel verhalten wolle. Unterläßt der Käufer, rechtzeitig zu rügen, so gilt das Manko als genehmigt, der Käufer kann nicht einmal Preisminderung begehren. Alles dies gilt gleichmäßig, ob der Verkäufer das Manko verschuldet hat oder nicht.

Nr. 11. Die Rügepflicht des Käufers cessirt aber dann, wenn durch das Manko eine so erhebliche Abweichung von der Bestellung eintritt, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Dahin gehört nicht bloß der Fall, daß das Manko ein sehr beträchtliches ist — z. B. daß statt 100 Stück deren 20 geschickt werden oder daß nur eine Scheinleistung vorgenommen wurde — sondern auch der Fall, daß die theilweise Erfüllung für

[1]) § 377 Abs. 3 wird gerade hier besondere Bedeutung haben, da eine genaue Untersuchung mit Bezug auf die Quantität dem Käufer meist nicht zugemuthet werden kann, Busch XIX S. 259.

Digitized by Google

den Käufer kein Interesse hat. Hatte der Käufer z. B. vier Pferde für ein Viergespann gekauft, so würde die Lieferung von drei Pferden schon aus dem Grunde nicht unter § 378 fallen, weil für die Zwecke des Käufers die Lieferung von drei Pferden ganz werthlos ist, ebenso etwa bei einer Quantität von Gläsern oder Tellern von einem bestimmten Muster für ein Tafelservice, da das Fehlen auch nur eines Stückes dem Käufer das Uebrige unbrauchbar macht. Hier kann nach den Grundsätzen der bona fides die Unterlassung der Anzeige schadenersatzpflichtig machen, aber das Präjudiz der Genehmigung führt sie nicht mit sich (vgl. Hanausek I S. 262 Anm. 27).

Die obigen Grundsätze gelten auch bei Ratenlieferungen, wenn an dem vertragsmäßigen Quantum der einzelnen Rate etwas fehlt. Der Käufer darf nicht bis zum Empfang der letzten Lieferung warten. Ist die Größe der Rate in das Belieben des Verkäufers gestellt, so kann sich wenigstens aus der Faktur ergeben, wieviel der Verkäufer liefern wollte, auch dann hat der Käufer die Abweichung zu rügen (vgl. Busch III S. 376, XIII S. 239). Nr. 12.

b) Liefert der Verkäufer **Mehr**, als wie bestellt war — so ist grundsätzlich der Fall so zu beurtheilen, als ob neben der gekauften Waare eine unbestellte geliefert wäre. Der Käufer hat also das vertragsmäßige Quantum anzunehmen, während er das Plus ablehnen kann. Ist jedoch die Ausscheidung des nicht Bestellten vom Bestellten umständlich und zeitraubend, so kann er die ganze Sendung zurückweisen (R.O.H.G. XVIII S. 242, R.G.E. XXIII S. 127 ff.). — Um diese Rechte sich zu wahren, muß er aber nach § 378 ebenfalls rechtzeitig rügen, sonst gilt er als das Plus genehmigend. Doch gilt dies nicht, wenn das Plus eine so erhebliche Abweichung von der Bestellung darstellt, daß seine Genehmigung als ausgeschlossen betrachtet werden mußte. Nr. 13.

c) Nicht bezieht sich § 378 auf den Fall, daß **neben** den bestellten **Waaren ganz andere Waaren** geschickt sind, z. B. neben Büchern Noten oder neben Cigarren Wein. Vielmehr liegt hier eine selbständige Offerte zu einem anderen Kaufvertrage vor, auf die die allgemeinen Grundsätze Anwendung finden. Nr. 14.

3. Die Lage des Falls kann auch eine Kumulation der in §§ 377, 378 angegebenen Thatbestände mit sich führen. Es kann sowohl Mehr als ein aliud als ein mangelhaftes aliud geliefert sein. Hatte z. B. der Käufer 1000 Flaschen Rüdesheimer, Jahrgang 1890, bestellt und schickt ihm der Verkäufer 1100 Flaschen Rüdesheimer, Jahrgang 1891, von denen ein Theil schlecht verkorkt ist, so würde der Käufer rügen können, 1) daß er nicht Jahrgang 1891, sondern Jahrgang 1890, 2) daß er nicht 1100, sondern 1000 Flaschen bestellt habe, 3) daß die Sendung hinsichtlich der Verkorkung mangelhaft sei. Er wird alle drei Mängel rügen, wenn er gewillt ist, die Sendung zu behalten und eine Preisminderung zu erzielen. Will er sie schlechtweg ablehnen, so wird er sich mit der Anzeige des aliud begnügen. Die Rechtzeitigkeit der Rüge wird sich hinsichtlich der einzelnen Punkte verschieden stellen, insofern die Andersartigkeit des Jahrganges sofort, der Qualitäts- und Quantitätsmangel möglicherweise erst später entdeckbar war. Nr. 15.

4. Die Vereinbarung der Parteien kann auch hier die Anzeigepflicht in dem Käufer günstigem oder ungünstigem Sinne beeinflussen. Es gilt hier das zu § 377 Nr. 62 ff. Bemerkte analog. Es kann ferner, auch wo das Präjudiz des § 378 nicht zutrifft, der Käufer durch sein Verhalten seine Genehmigung zur Abweichung vom Vertrage ausdrücken (vgl. oben bei § 346 Nr. 7). Wieweit sein Rücktrittsrecht vom Kauf durch Verfügungen über die gelieferte Waare ausgeschlossen ist, bestimmt sich nach B.G.B. §§ 351 ff. Nr. 16.

5. Durch die §§ 377, 378 ist das Gebiet der Möglichkeiten noch nicht erschöpft. Es erhebt sich insbesondere die Frage: treffen diese Bestimmungen auch Fälle, in denen ein Irrthum des Käufers vorliegt, der ihn zur Anfechtung nach B.G.B. § 119 berechtigt? Diese Frage wird praktisch beim Kauf einer Spezies, sei es, daß der Käufer über die Identität der Sache oder über eine wesentliche Eigenschaft sich beim Kaufabschluß irrt (er hält die Kuh für einen Stier, den Lenbach für einen Menzel u. s. w.). Dem Wortlaut nach trifft weder § 377 noch § 378 zu. Denn ein Mangel wohnt der Sache gar nicht inne, und eine andere Sache ist auch nicht ausbedungen. Andererseits ist zu erwägen, daß B.G.B. § 121 zur unverzüglichen Anfechtung nach Erlangung der Kenntniß vom Anfechtungsgrunde verpflichtet und daß die bona fides auch hier Untersuchung der Waare gebietet. Demgemäß dürfte das Prinzip der §§ 377, 378 auch auf diese Fälle Anwendung finden. Der Käufer, der in Irrthum über die Sache Nr. 17.

Digitized by Google

oder Qualität der Sache kaufte, verliert sein Anfechtungsrecht, wenn er die Anzeige nicht in Gemäßheit der §§ 377, 378 macht; d. h. war bei sofortiger Untersuchung die Differenz zwischen Wille und Willenserklärung ihm erkennbar und unterläßt er die Untersuchung, Rüge und Anfechtung, so ist er genehmigend; konnte er sie später erst erkennen, so greift ohnehin B.G.B. § 121 ein. Erfährt er seinen Irrthum andererseits vor Eintreffen der Waare, so muß er sofort nach B.G.B. § 121 anfechten.

Nr. 18. 6. Das ältere Recht legte bei Quantitätsmängeln und Lieferung eines aliud eine Rügepflicht nicht auf. § 378 findet nur auf vom 1. Januar 1900 ab abgeschlossene Käufe Anwendung.

§ 379.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so ist der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Orte übersendete Waare beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen.

Er kann die Waare, wenn sie dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 verkaufen lassen.

Entw. I §§ 349, 350, II §§ 370, 371; Denkschr. I S. 225, II S. 5249; Komm.-Ber. S. 3928; A. D. H.G.B. Art. 348.

Litteratur: Hanausek, Haftung II S. 129 ff.

I. Der § 379 handelt von der dem Käufer, der die Waare beanstandet, obliegenden **Aufbewahrungspflicht.** Seine Voraussetzungen decken sich nicht völlig mit denen der §§ 377, 378. Sie sind zum Theil enger, zum Theil weiter als jene. Voraussetzungen sind:

Nr. 1. 1. Daß es sich um **Kauf** (beziehungsweise Tausch vgl. oben § 377 Nr. 5) von Waaren und Werthpapieren (einschließlich des Viehkaufes) oder um einen Werklieferungsvertrag (§ 381) handelt. Daß die Vorschrift nicht auf die Fälle des gewöhnlichen Werkvertrages und der Leihe zu erstrecken ist, ist auch hier klar. Dagegen dürfte ihre Ausdehnung auf alle Fälle gerechtfertigt sein, in denen das B.G.B. die Grundsätze von der Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel und Eviktion zur entsprechenden Anwendung bringt (B.G.B. §§ 445, 493, 365, 757 u. a.). Denn der Zweck der Vorschrift, den Verkäufer vor Nachtheilen (insbesondere Frachtkosten) zu schützen, „welche im Falle der Nichtannahme der Waare seitens des Käufers durch sofortige Rücksendung oder Preisgebung derselben für ihn entstehen könnten" (R.G.E. XVII S. 67, Denkschr. II S. 3249), trifft auch auf jene Fälle zu (vgl. auch Puchelt-Förtsch zu Art. 348 Nr. 3). Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Kommittenten und Kommissionär bei § 391.

Nr. 2. 2. Der Kauf **muß auch hier zu Stande gekommen sein.** Auf den Fall der Zusendung unterstellter Waaren läßt sich § 379 nicht anwenden. Doch kann auch hier der Handelsgebrauch oder die bona fides eine Verpflichtung zur Aufbewahrung unter besonderen Voraussetzungen, insbesondere bestehender Geschäftsverbindung oder der Zusendung unbestellter neben bestellter Waare gebieten[1]) (§ 362 Abs. 2 trifft hierauf nicht zu). Ob der Kauf unbedingt oder bedingt geschlossen ist, ist hier gleichgültig. Insbesondere trifft die Aufbewahrungspflicht den Käufer auch im Falle des Kaufes auf Probe (Prot. 611).

Nr. 3. 3. Der Kauf muß für beide Theile ein **Handelsgeschäft** sein. Darnach hat auch der vom Landwirth kaufende Kaufmann nicht mehr ex lege die Verpflichtung zur Aufbewahrung. Doch ist auch er nach allgemeinen Grundsätzen gehalten, die einmal abgenommene Waare nicht schuldhaft verkommen zu lassen, insbesondere sie nicht auf die Straße zu setzen (bei Vermeidung insbesondere der Nachtheile aus B.G.B. § 351). Zur Rücksendung der Waare ist er befugt. Andererseits steht ihm das Recht zum Verkauf nach Abs. 2 des § 379 nicht zu, vielmehr würde er nur als Geschäftsführer ohne Auftrag nach bürgerlichem Recht auftreten können.

[1]) Man darf hier in der Annahme solchen Handelsgebrauches weiter gehen, als hinsichtlich der Genehmigung (vgl. bei § 346 Nr. 7). Denn Gesetz und Anstand gebietet Aufbewahrung, auch wenn nicht genehmigt wird.

Digitized by Google

4. Der Käufer **beanstandet** die Waare, d. h. lehnt den Empfang der Waare ab. Darunter sind jedenfalls alle Fälle der §§ 377, 378 inbegriffen, selbst der Fall, daß die Waare ein völlig abweichendes aliud ist oder daß erheblich mehr oder weniger geschickt ist, als geschickt werden sollte. Es ist auch gleichgültig, ob Arglist des Verkäufers vorliegt. Dem Wortlaut nach fallen unter „Beanstandung der Waare" nicht Fälle, in denen Käufer die Waare als vertragsmäßig anerkennt, aber wegen Verzug des Verkäufers oder sonstiger Vertragswidrigkeiten desselben, z. B. mangelhafter Verpackung, die Annahme der Waare ablehnt. Doch sind sie der ratio nach auch hierunter zu ziehen (vgl. Komm.Ber. S. 3928, R.G.E. XXVI S. 60). — Dagegen trifft § 379 nicht den Fall, daß Käufer die Waare annimmt und sich seine Rechte wegen Mängel vorbehält. Hier wird er jedoch nach der bona fides solche Verfügungen unterlassen müssen, die dem Verkäufer die Feststellung des Zustandes der Waare unmöglich machen (R.G.E. XX S. 6; oben S. 8 Nr. 23). Nr. 4.

5. Die Waare **muß von einem anderen Orte übersendet sein.** § 379 findet somit nur Anwendung auf **Distanzgeschäfte**, nicht auf Platzgeschäfte. Nr. 5.

Der Unterschied zwischen Distanz- und Platzkauf beruht nicht darin, daß Käufer und Verkäufer unter Anwesenden oder unter Abwesenden kontrahirten. Vielmehr kann bei Kauf unter Anwesenden Distanzkauf, z. B. Verkäufer und Käufer, die an 2 verschiedenen Orten wohnen, schließen an einem dritten Ort, z. B. auf der Messe, den Kauf ab, bei Kauf unter Abwesenden Platzkauf vorliegen, z. B. der zu Berlin wohnhafte Käufer ist auf der Reise und bestellt bei dem zu Berlin wohnhaften Verkäufer das ihm in das Haus zu sendende Buch; ebenso gleichgültig ist, ob die beiden Kontrahenten ihren Wohnsitz, beziehungsweise ihre Handelsniederlassung am selben Ort oder an verschiedenen Orten haben: denn das hindert nicht, daß die verkaufte Waare von einem anderen Ort übersendet wird (Adler-Clemens Nr. 1018). Ja nicht einmal der hinzutretende Umstand, daß die Waare am gleichen Ort sich befindet, begründet nothwendig den Begriff des Platzkaufes. Denn der Verkäufer kann gehalten sein, die Waare dem Käufer nach einem anderen Ort zu senden, wo dieser sie in Empfang nehmen soll (R.O.H.G. VI S. 237, XIII S. 391, XV S. 176, O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 182).

Irrelevant ist ferner, wo und in welchem Zeitpunkt sich die Eigenthums- und Besitzübertragung hinsichtlich der Waare vollzieht. Dem Käufer kann das Eigenthum und der Besitz an der Waare durch eine Handlung inter praesentes übertragen sein, während Distanzkauf vorliegt, und umgekehrt kann der Käufer die Eigenthumsübertragungsofferte inter absentes annehmen, während Platzkauf vorliegt. Ersteres z. B., wenn sich die Eigenthumsübertragung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes oder Vindikationszession inter praesentes vollzogen hatte, ferner, wenn der Verkäufer dem zur Annahme der Tradition, aber nicht zur Abnahme der Waare vom Käufer bevollmächtigten Frachtführer (vgl. bei § 373 Nr. 5) die Waare realiter tradirt, der sie dem Käufer dann zuführt (R.O.H.G. V S. 397, R.G.E. XXXIII S. 25). Letzteres, wenn die Waare sich am Wohnort des Käufers oder gar in dessen unmittelbarem Besitz befindet und der Verkäufer von außerhalb dem Käufer die Eigenthumsübertragungsofferte macht, die der Käufer (Fall der brevi manu traditio) annimmt. Denn im ersteren Falle wird die Waare übersendet, im letzteren wird sie nicht übersendet, sondern ist zur Stelle. Nr. 6.

Für den Begriff des Distanzkaufes ist vielmehr wesentlich eine Uebersendung der Waare an den Käufer von einem anderen Orte behufs Erfüllung des Kaufvertrages (R.G.E. XXXIII S. 25).

a) **Uebersendung.** Zum Begriffe der Uebersendung gehört es, daß ein Dritter, mit dem Transport der Waare beauftragt (vgl. B.G.B. § 447 Abs. 1), die Waare transportirt. Reist der Verkäufer mit der Waare selbst zum Käufer, so liegt keine Uebersendung vor (R.O.H.G. XXIII S. 59 f., Bolze VI Nr. 562, XVII Nr. 470, IX Nr. 396, O.L.G. Hamburg in H.G.Z. VIII Nr. 98), ebensowenig, wenn der Käufer die Waare sich vom Verkäufer holt (R.O.H.G. VI S. 238). Dies gilt nicht bloß, wenn die Kontrahenten in Person, sondern auch, wenn sie durch Boten oder Stellvertreter holen, beziehungsweise bringen. Doch muß der Stellvertreter wirklich als solcher die Waare holen, d. h. empfangen, beziehungsweise bringen (R.G.E. VI S. 60). Uebersendung liegt dagegen vor, wenn der Stellvertreter des Käufers zwar den sachenrechtlichen Akt der Tradition entgegenzunehmen hat, dagegen die Abnahme erst vom Käufer geschieht. Nr. 7.

In welcher Weise die Uebersendung geschieht, ist gleichgültig. Insbesondere ist es gleichgültig, ob der Dritte (Spediteur, Frachtführer) vom Verkäufer oder Käufer

Digitized by Google

gewählt ist, und ersterenfalls, ob der Verkäufer in eigenem Namen und für eigene Rechnung oder im Namen und für Rechnung des Käufers mit dem Dritten abschließt (R.G.E. VI S. 60 f., vgl. auch den Fall des O.L.G. Hamb. in H.GZ. IX S. 165).

Gleichgültig ist auch, ob ursprünglich Uebersendung vereinbart war oder nicht. Wie Distanzkauf vorliegt, wenn trotz ursprünglicher Vereinbarung der Erfüllung inter praesentes der Verkäufer nachträglich übersendet, so würde Platzkauf vorliegen, wenn die nach ursprünglicher Vereinbarung zu übersendende Sache nachträglich vom Käufer geholt wird (R.G.E. VI S. 60). Gleichgültig ist endlich auch, wen die Gefahr des Transportes trifft, insbesondere ob der Sendungsendpunkt Erfüllungsort ist oder nicht (B.G.B. §§ 447, 269, Hanausek I S. 245).

Nr. 8. b) Die Uebersendung muß **an den Käufer** erfolgen. Läßt sich der Verkäufer die Waare senden, damit er sie am selben Ort dem Käufer trabire, so liegt ein Platzkauf vor. Solche Uebersendung steht ganz außerhalb des Kaufvertrages (R.O.H.G. XIII S. 392, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 255 f.). Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer sie seiner Filiale oder seinem Agenten zuschickt, damit diese sie realiter offerire (Bolze VI Nr. 562); anders, wenn er Hülfspersonen schickt, die den Gegenstand aufstellen oder montiren sollen (vgl. Seuffert XLVI Nr. 115, Bolze XVII Nr. 470, O.L.G. Dresden in Z. XL S. 512). Weist der Käufer eine dritte Adresse als Empfänger der Sendung an, so genügt natürlich Sendung auch an diese.

Nr. 9. c) Die Uebersendung muß **von einem anderen Ort** erfolgen. Wann ein anderer Ort vorliegt, entscheidet sich nach den bei § 30 Nr. 3 gemachten Erörterungen.

Nr. 10. d) Die Uebersendung muß **behufs Erfüllung des Kaufvertrages** geschehen (R.G.E. XXXIII S. 25). Nicht fällt unter den Begriff des Distanzkaufes, wenn nach Erfüllung des Kaufvertrages (durch reale Tradition) Käufer die Waare dem Verkäufer zurückgiebt und sie sich später nach außerhalb senden läßt. Hier erfüllt der Absender Verpflichtungen als Depositar, Kommodatar u. dgl., aber nicht als Verkäufer (R.O.H.G. IX S. 52). Das Gleiche gilt im Falle des constitutum possessorium (B.G.B. § 930, vgl. Z. XVII S. 236, R.G.E. XXXIII S. 25), vorausgesetzt, daß damit der Kaufvertrag wirklich erfüllt war. Liegt der Fall so, daß die Uebersendung trotz Eigenthumsübertragung als Kaufvertragserfüllung erscheint, so ist der Fall des Distanzkaufes gegeben (Hanausek I S. 244). Ein wichtiges Kriterium für Letzteres wird sein, daß die Uebersendung bald geschieht; geschieht sie erst nach längerer Lagerung, so wird der Begriff des Distanzgeschäftes kaum vorliegen. Bloße Besichtigung der Waare durch den Käufer vor der Versendung steht nicht im Wege (R.O.H.G. XI S. 65, 66, XIX S. 1).

Nr. 11. II. Unter den obigen Voraussetzungen hat der **Käufer für die einstweilige Aufbewahrung der Waare zu sorgen**; dieser Verpflichtung kann er sich nicht dadurch entziehen, daß er es ablehnt, die Waare abzunehmen. Vielmehr ist er verpflichtet, abzunehmen und einstweilen aufzubewahren (Busch XIX S. 347). § 379 involvirt also insofern eine generelle Pflicht zur Abnahme der Waare seitens des Käufers gegenüber dem Verkäufer; doch kann der Verkäufer dem Käufer die Pflicht erlassen und sofortige Rücksendung auf seine Kosten vorschreiben, und natürlich wird die Verweigerung der Abnahme im Interesse des Verkäufers, um diesem die Rechte gegen den Frachtführer zu wahren, Recht und Pflicht des Käufers sein.

Nr. 12. Der Käufer ist verpflichtet, für die Aufbewahrung zu sorgen, auch wenn ihm dadurch Kosten erwachsen (z. B. durch Zahlung der Fracht an den Frachtführer, des Lagergeldes an einen Dritten), ohne daß er für solche Deckung hat (anders als im Falle des § 362 Abs. 2), R.O.H.G. XX S. 206. Regelmäßig wird er freilich durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§ 369) an den Waaren gedeckt sein.

Die Aufbewahrungspflicht schließt in sich

Nr. 13. a) die Pflicht, die Waare bei sich oder einem Dritten unterzubringen, in welcher Beziehung der Käufer die freie Wahl hat, nur daß er für die Auswahl des Dritten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen hat (§ 347 Abs. 1). Läßt sich ein Dritter, bei dem eine ordnungsmäßige Aufbewahrung möglich ist, nicht auffinden, so muß der Käufer die Waare selbst aufbewahren (R.O.H.G. XX S. 206). Ein allgemeines Recht des Käufers, die Waare in einem öffentlichen Lagerhaus zu hinterlegen, existirt nicht (Hanausek II S. 134 Anm. 13);

Nr. 14. b) die Pflicht, auf die gehörige Behandlung der Waare während der Unterbringungszeit Acht zu geben, z. B. auf Lüftung der Räume, Trocknen naß gewordener Waare u. s. w. (v. Hahn II S. 323). Zur Versicherung wird er nur

Digitized by Google

ausnahmsweise gehalten sein (Gareis bei Endemann II S. 719 Anm. 104, R.O.H.G. VII S. 360);

c) die Pflicht, die Rechte des Verkäufers gegen den Frachtführer — falls Grund zur Annahme ist, daß auf dessen Schuld die Vertragswidrigkeit zurückzuführen ist — zu wahren, natürlich nicht durch Erhebung einer Klage — wohl aber z. B. durch Einbehaltung der Fracht (R.O.H.G. II S. 328, 329, VI S. 107); Nr. 15.

d) dagegen ist der Käufer nicht verpflichtet, die Waare zurückzusenden, vielmehr hat sie der Verkäufer holen zu lassen und die Kosten des Rücktransportes zu tragen. Andererseits darf auch der Käufer nicht ohne Weiteres sofort zurücksenden. Nr. 16.

Der Käufer haftet für Erfüllung dieser Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 Abs. 1). Darüber hinaus haftet er nicht. Hat er also die Waare bei einem Dritten hinterlegt, so würde selbst ein Verschulden des Dritten ihn nicht ersatzpflichtig machen, wenn er in der Auswahl des Dritten die nöthige Sorgfalt prästirt hat. Wohl aber wäre er verpflichtet, den Anspruch gegen den Dritten an den Verkäufer abzutreten (R.O.H.G. XX S. 203 ff., Bolze XVIII Nr. 438). Denn er ist nicht Depositar des Verkäufers und der Dritte nicht eine Hülfsperson im Sinne von B.G.B. § 278, sondern er bleibt Käufer und besorgt als solcher die Geschäfte des Verkäufers und hat seine Pflicht erfüllt, wenn er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns den Verwahrungsvertrag mit dem Dritten abschloß. Nr. 17.

Der Käufer haftet bei Nichterfüllung auf Schadenersatz. Dagegen zieht die Nichterfüllung noch kein Präjudiz der Genehmigung oder die Fiktion der Ablieferung nach sich. Die Folgen der §§ 377, 378 treffen für § 379 nicht zu (R.O.H.G. VII S. 225, XIII S. 438, R.G.E. I S. 247). Nr. 18.

Andererseits hat der Käufer Anspruch auf Ersatz der ihm erwachsenen Kosten, falls er die Waaren bei sich lagerte, Anspruch auf Lagergeld (aus § 354; R.G.E. I S. 284, Busch XXXIV S. 344; Bolze V Nr. 663, VI Nr. 548, IX Nr. 231, XI Nr. 403, XXIII Nr. 510), und zwar in solcher Höhe, wie es am Orte für Spediteure üblich ist. Er kann diese Ansprüche nach B.G.B. § 467 mit der Wandelungsklage durchsetzen (R.G.E. XXXVIII S. 13, XLII Nr. 97, anders XIII Nr. 106). Nr. 19.

Die Pflicht des Käufers ist nur eine einstweilige. Sie hört auf, sobald der Käufer annehmen kann, daß der Verkäufer selbst im Stande ist, für die Waare zu sorgen. War der Verkäufer von vornherein dazu im Stande, so cessirt sie überhaupt (R.O.H.G. VII S. 225: ein Agent des Verkäufers nahm die Waare in Verwahrung XVII S. 173). Das Gleiche gilt, wenn ein Dritter sich der Waare annimmt, auch ohne daß er Auftrag vom Verkäufer hat, natürlich unter der Voraussetzung, daß er eine persona habilis ist (O.L.G. Hamburg bei Abraham S. 210). Nr. 20.

Von wann ab der Käufer annehmen kann, daß der Verkäufer im Stande ist, für die Waare zu sorgen, ist Thatfrage. Der bloße Umstand, daß ein Agent von ihm am selben Platze ist, genügt nicht (R.O.H.G. XVII S. 173). Denn, wenn dieser auch Zurdispositionsstellungen nach § 55 Abs. 3 entgegennehmen darf, so braucht er noch nicht in der Lage sein, die Waare selbst aufzunehmen. Hat der Käufer dem Verkäufer seinen Willen kundgegeben, er möge sich der Waare annehmen, und liegen nicht besondere Gründe vor, die den Käufer zu der Annahme führen, daß der Verkäufer dazu nicht im Stande ist, so darf er annehmen, daß der Verkäufer im Stande ist, für die Waare zu sorgen. Seine Pflicht zur Aufbewahrung hört dann mit dem Zeitpunkt auf, wo die Order des Verkäufers eintreffen konnte; er kann die Waare nunmehr zurücksenden und haftet nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (B.G.B. § 300, R.O.H.G. I S. 209, R.G.E. XLIII S. 32). — Die Pflicht des Käufers cessirt, falls der Verkäufer ihn von vornherein davon entbunden hat; dagegen würde eine einseitige, vor Ankunft der Waare an den Verkäufer gerichtete Erklärung des Käufers, er werde sich der Waare nicht annehmen, den Käufer von der Pflicht nicht entbinden (Hanausek II S. 130).

III. **Nothverkaufsrecht.** Die Aufbewahrungspflicht des Käufers schließt unter keinen Umständen die Verpflichtung in sich, den Verkäufer vor Schaden, der ihn durch Entwerthung der Waare in Folge voraussichtlicher ungünstiger Chancen oder in Folge drohenden Verderbs treffen kann — durch Verkauf der Waare zu bewahren. Aber er hat unter gewissen Voraussetzungen das Recht zu solchem Verkaufe. Als solche Voraussetzungen stellt Abs. 2 hin, daß die Waare dem Verderb ausgesetzt und daß Gefahr im Verzuge ist. Beide Voraussetzungen, über die bei § 373 Nr. 20 näher gehandelt ist, müssen Nr. 21.

Digitized by Google

vorliegen, fehlt es auch nur an einer, so kann § 379 Abs. 2 nicht zur Anwendung gelangen.[1]) Eine Ausdehnung der Vorschrift auf analoge Fälle ist bei ihrem Ausnahmecharakter nicht gerechtfertigt (nicht zutreffend O.L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 258). Wohl aber ist es möglich, daß auch ohne jene Voraussetzungen der Käufer als negotiorum gestor den Verkauf vornimmt. Dann aber ist er nicht an die Vorschriften des Abs. 2 gebunden, und die Wirkungen bestimmen sich einfach nach bürgerlichem Recht (vgl. R.O.H.G. XII S. 132, XVI S. 326 f.)

Treffen auch die Voraussetzungen der negotiorum gestio nicht zu, nimmt insbesondere der Käufer lediglich im eigenen Interesse den Verkauf vor, so hat er die rechtlichen Folgen eigenmächtiger Verfügung über die Waare zu tragen (R.O.H.G. XI S. 202). — Doch ist es möglich, daß die Verkaufsbefugniß aus einem ganz anderen Rechtsgrunde (z. B. dem des Zurückbehaltungsrechtes § 369) gegeben sein kann. Der Käufer, der die Waare zur Disposition stellt, kann wegen der Forderung auf Rückerstattung des gewählten Kaufpreises und der gemachten Auslagen das kaufmännische Retentionsrecht haben (R.G.E. XLIII S. 39; vgl. bei § 369 Nr. 13).

Nr. 22. Soweit dagegen die Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen, läßt der Käufer den Verkauf für Rechnung (§ 373 Abs. 3) und im Namen des Verkäufers vornehmen. Darum tritt der Verkäufer in unmittelbare rechtliche Beziehungen zum Erwerber der Sache, einer Cession des Anspruches seitens des Käufers an den Verkäufer bedarf es nicht, und die Haftung für Mängel und Entwerthung trifft den Verkäufer, nicht den Käufer (Hanausek II S. 160, 161). Dem redlichen Erwerber steht § 366 zur Seite (vgl. bei § 366 Nr. 8).

Nr. 23. Der Käufer hat beim Verkauf die Bestimmungen des § 373 in ihrem ganzen Umfang zu beobachten. Hält er sich nicht an sie, so ist der Verkäufer nicht verpflichtet, den Verkauf als rechtsbeständigen aus § 379 Abs. 2 anzuerkennen (R.O.H.G. XII S. 180), während es Thatfrage ist, wieweit dem Käufer aus dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio ein Anspruch auf Anerkennung erwachsen ist. Da § 373 im ganzen Umfang zur Anwendung kommt, so wird die Unterlassung der nach Abs. 5 des § 373 vorgeschriebenen Benachrichtigung auch hier nur Schadensersatzpflicht zur Folge haben, ohne daß die Rechtsbeständigkeit des Verkaufs in Frage gestellt ist (v. Hahn II S. 326). Einer vorgängigen Androhung an den Verkäufer bedarf es nicht, da ja Voraussetzung ist, daß die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist (Gareis in Endemanns Hdb. II S. 721, vgl. B.G.B. § 384 Abs. 1).

Nr. 24. Da der Käufer hier nur im Interesse des Verkäufers, nicht im eigenen Interesse auftreten soll,[2]) ist er an Verfügungen, die ihm der Verkäufer vorher ertheilt hat, streng gebunden. Hat ihm der Verkäufer den Verkauf direkt untersagt, so darf er ihn nicht vornehmen (R.O.H.G. XVIII S. 230), sonst verfügt er eigenmächtig über die Waare (R.G.E. XLIII S. 34, 35) und verliert sein Wandelungsrecht. Der ökonomische Erfolg des gehörig vorgenommenen Verkaufes trifft den Verkäufer. Der Käufer hat ihm nicht dafür aufzukommen, daß der volle Betrag des Kaufpreises erzielt wird, wie umgekehrt vortheilhafterer Absatz nur dem Verkäufer zu Gute kommt. Der Käufer behält auch alle Rechtsmittel, die ihm gegen den Verkäufer zustanden, insbesondere den Wandelungsanspruch (R.O.H.G. XI S. 201). B.G.B. § 353 kann hierauf keine Anwendung finden. Die Kosten des Verkaufes treffen den Verkäufer und er ist verpflichtet, dem Käufer für dessen Mühewaltung eine Provision zu gewähren (§ 354 Nr. 9).

Nr. 25. IV. Sowohl bei Platz- wie bei Distanzkäufen kann, auch ohne daß ein Rechtsstreit anhängig ist, **Beweisaufnahme** durch Feststellung des Zustandes der Waare durch Sachverständige nach den Grundsätzen der C.P.O. § 488 (Beweis zum ewigen Gedächtniß) beantragt werden. Von praktischer Bedeutung ist zumal Abs. 2 des § 488, nach dem, falls Rüge des Mangels erfolgt oder die Annahme der Waare wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt ist, nicht bloß der Käufer, sondern auch der Verkäufer die Beweisaufnahme beantragen kann. Zuständig zur Ernennung des Sachverständigen ist das Prozeßgericht, falls der Rechtsstreit zwischen beiden Theilen

[1]) Treffen beide Voraussetzungen nur für einen Theil der Waare zu, so gilt nur für diesen die Verkaufsbefugniß aus § 379 (R.O.H.G. XIII S. 358), doch kann der Käufer hinsichtlich des anderen Theiles möglicherweise als negotiorum gestor auftreten.

[2]) Daß er dabei zugleich de facto sein eigenes Interesse mit wahrt, ist gegebenen Falls nicht ausgeschlossen, aber juristisch bedeutungslos.

Digitized by Google

bereits schwebt — sonst das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Waaren sich befinden (C.P.O. § 486 Abs. 3, 2); § 164 F.G. trifft auf diesen Fall nicht zu. Die Ernennung setzt den Antrag eines der beiden Theile voraus. Der Antrag ist schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers zu stellen (C.P.O. § 486 Abs. 1).

Hinsichtlich der Auswahl und Vernehmung der Sachverständigen gelten die Grundsätze der C.P.O. §§ 404 ff. Schriftliche Begutachtung ist nicht mehr erforderlich, wenngleich sie bei nicht erhobenem Rechtsstreit die Regel bilden wird. Hinsichtlich der Rechtsmittel C.P.O. §§ 490 Abs. 2, 567 ff. Daß das Gutachten der Sachverständigen keine formelle Beweiskraft hat, ist selbstverständlich. Vielmehr kann neue Begutachtung und zwar auch nicht bloß von dem Gegner verlangt werden (R.O.H.G. XXIII S. 303 und die dort Citirten), und kann solche vom Prozeßgericht nachträglich von Amtswegen angeordnet werden, C.P.O. § 412. Doch können sich die Parteien natürlich dem Ausspruch der Sachverständigen durch Vertrag unterwerfen. — Derjenige Theil, der im Besitz der Waare ist, ist verpflichtet, die Untersuchung behufs Feststellung des Zustandes zu gestatten.

Auch ohne daß Beweis zum ewigen Gedächtniß erhoben wird, kann jeder Theil einseitig (R.O.H.G. I S. 182) oder können beide Theile durch Vereinbarung privatim dritte, nach ihrer Ansicht sachverständige Personen zum Befund heranziehen und nachher als Zeugen verwenden; wieweit deren Aussage Beweiskraft hat, hat der Richter zu entscheiden. Nicht ausgeschlossen ist auch hier, daß die Parteien durch Vertrag sich dem merum arbitrium Dritter unterwerfen.

V. Das ältere Recht (Art. 348) legte die Aufbewahrungspflicht auch bei einseitigen Handelsgeschäften dem Verkäufer auf. Dies wird für vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Handelskäufe auch weiter zu gelten haben. Nr. 26.

Art. 348 enthielt ferner Vorschriften über die Feststellung des Zustandes der Waare durch Sachverständige. Diese werden als prozessualen Inhalts durch die C.P.O. § 488 ersetzt auch für vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Geschäfte, sobald die Feststellung nach dem 1. Januar 1900 erfolgt.

§ 380.

Ist der Kaufpreis nach dem Gewichte der Waare zu berechnen, so kommt das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) in Abzug, wenn nicht aus dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, sich ein Anderes ergiebt.

Ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnisse statt nach genauer Ausmittelung abzuziehen ist, sowie, ob und wieviel als Gutgewicht zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist oder als Vergütung für schadhafte und unbrauchbare Theile (Refaktie) gefordert werden kann, bestimmt sich nach dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat.

Entw. I § 352, II § 372; Denkschr. I S. 227, 230, II S. 3250, 3251; A.D. H.G.B. Art. 352.

Das H.G.B. enthält über den **Kaufpreis** nur diese unwichtige Bestimmung. Im Uebrigen entscheiden die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Es seien hier nur die wichtigsten Punkte hervorgehoben.

1. Der Kaufpreis muß in Geld festgesetzt sein, doch ist nicht ausgeschlossen, daß Nebenleistungen anderen Inhaltes ausbedungen werden (B.G.B. § 473). Umgekehrt liegt kein Kauf vor, wenn neben der Hauptleistung anderen Inhalts eine Nebenleistung in Geld ausbedungen ist. Darüber, was Hauptleistung, was Nebenleistung ist, wird der Werth zu entscheiden haben. — Gleichgültig ist, ob der in Geld festgesetzte Kaufpreis in Wahrheit nachträglich in Geld geleistet wird oder ob andere Leistungen an Stelle der Leistung in Geld treten. Ja es kann sogar von vornherein vereinbart sein, daß der Kaufpreis durch datio in solutum, Kompensation ꝛc. berichtigt werden solle. Nr. 1.

Digitized by Google

Nr. 2. 2. Der Kaufpreis kann fest bestimmt sein, sei es mit ausdrücklichen Worten, sei es durch konkludente Handlungen, indem z. B. der Käufer sich stillschweigend den durch Taxe, Tarife, Preisanschläge für Restaurants ꝛc., festgestellten Preisen unterwirft. Er braucht aber nicht fest bestimmt zu sein, es genügt, daß er objektiv bestimmbar ist. Die Bestimmung kann insbesondere durch Bezugnahme auf irgend eine Thatsache oder einen Maßstab geschehen, z. B. den Werth der Anschaffung (R.O.H.G. III S. 44, R.G.E. III S. 109), den Buchwerth, die Kundenüblichkeit (R.O.H.G. XII S. 155). Die Bestimmung kann auch einem Dritten überlassen werden,[1]) sei es nach dessen willkürlicher Schätzung, sei es nach billigem Ermessen des Dritten. Das Letztere gilt als das präsumtiv Gewollte (B.G.B. § 317 Abs. 1). Sollen mehrere Dritte die Summe bestimmen, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend (B.G.B. § 317 Abs. 2).

Die Bestimmung kann auch einer der beiden Parteien — Käufer oder Verkäufer — überlassen werden, sei es deren billigem Ermessen, was vom Gesetz präsumirt wird (B.G.B. § 315 Abs. 1), sei es deren freiem Ermessen, soweit nicht darin ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt oder umgekehrt (beim Käufer) dadurch jede Willensbindung aufhört (Oertmann zu § 315). Soll sie nach billigem Ermessen erfolgen, so hat sie nur dann für den anderen Theil verbindliche Kraft, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so hat der Prozeßrichter durch Urtheil die Bestimmung zu treffen, das Gleiche gilt bei Verzögerung der Bestimmung (B.G.B. § 315 Abs. 3). Näheres hierüber in den Kommentaren zu B.G.B. § 315. Hat einmal der Theil, dem die Bestimmung zusteht, die Bestimmung getroffen, so kann er sie nicht zum Nachtheil des anderen Theiles zurücknehmen oder ändern, doch bleibt ihm Anfechtung wegen Irrthums vorbehalten. Ist überhaupt kein Preis vereinbart, sei es, daß die Parteien ganz darüber schweigen, sei es, daß sie zwar anfangs verhandeln, aber die Festsetzung schließlich aufgeben, so hat im Zweifel der Verkäufer nach billigem Ermessen den Preis zu bestimmen (B.G.B. § 316), bei marktgängigen Waaren wird er dann regelmäßig auf den Marktpreis nach B.G.B. § 453 hinauszukommen haben (vgl. auch R.O.H.G. III S. 389).

Nr. 3. 3. **Marktpreis.** Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, sei es mit direkten Worten, sei es durch Wendungen, wie „üblicher", „laufender Preis" u. dgl., so gilt im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart, B.G.B. § 453. Dabei gilt:

a) Als eine Unterart des Marktpreises erscheint der Börsenpreis.

b) Erfüllungsort und Erfüllungszeit sind Ort und Zeit der Erfüllung des Verkäufers (Planck zu § 453), d. h. an denen, beziehungsweise zu denen der Verkäufer erfüllen soll, nicht an denen er in Wirklichkeit erfüllt hat, da er es sonst in der Hand hätte, den Preis zu seinen Gunsten zu bestimmen. Besteht an dem betreffenden Ort nicht ein Marktpreis, so ist der Marktpreis des dafür maßgebenden Ortes entscheidend.

Nr. 4. c) Marktpreis ist derjenige Preis, „der sich aus der Vergleichung der über die betreffende Waare an dem Börsen- oder Marktplatz zur fraglichen Zeit geschlossenen größeren Zahl von Geschäften ergiebt" (R.O.H.G. II S. 196, R.G.E. XXXIV S. 121, vgl. auch Goldschmidt, Hdb. I, 2 § 64 S. 588, Keyßner in Holtzendorffs Rechtslexikon s. h. v.). Demnach ist Marktpreis nur da, wenn zur fraglichen Zeit Geschäfte, und zwar in größerer Anzahl über die betreffende Waare geschlossen werden (R.G.E. XII S. 9). Sind die Umsätze zu geringfügig, als daß aus ihrer Vergleichung ein Schluß auf die allgemeine Werthschätzung der Waare innerhalb des betreffenden Verkehrskreises gerechtfertigt erscheint, so existirt ein wahrer Marktpreis nicht. Das Gleiche gilt, wenn zwar Angebote („Brief" bei Börsengeschäften) oder nur Nachfrage („Geld" bei Börsengeschäften) vorhanden war, aber keinem von beiden die entsprechenden Accepte nachfolgten (vgl. Börsengesetz § 29 Abs. 3). Geldnotizen in Börsenberichten beweisen also nicht den Marktpreis, weil aus ihnen hervorgeht, daß nur Nachfragen zu einem bestimmten Kurse, aber nicht Abschlüsse erfolgten (R.G.E. XXXIV S. 122). Nicht nothwendig für den Begriff des Marktpreises ist, daß örtliche Einrichtungen zur Ermittelung des Durchschnittspreises bestehen oder daß gar an dem betreffenden Tag der Durchschnittspreis notirt wurde (R.O.H.G. II S. 194 ff., VII S. 175).

---

[1]) Wobei jedoch der Vertrag nicht wider die guten Sitten verstoßen darf, Planck, Kommentar zu § 317.

Digitized by Google

d) Der Beweis über Marktpreise wird nach allgemeinen Grundsätzen geführt. Nr. 5.
Erleichtert wird er durch private oder amtliche Preisnotirungen (für Börsengeschäfte §§ 29—35 des Reichsbörsengesetzes). Amtliche Feststellungen liefern vollen Beweis (R.O.H.G. V S. 331, C.P.O. § 418), doch ist der Gegenbeweis zulässig, daß die Notirung unrichtig ist, sei es, daß der Marktpreis ein anderer ist, sei es, daß solcher überhaupt nicht bestand, z. B. daß der Preis beeinflußt („diktirt") war (R.G. in Strafs. 23 S. 247, R.G.E. XII S. 9). Fehlt es an Preisnotirungen für den betr. Zeitpunkt, so hat der Beweis sich darauf zu richten, daß eine größere Zahl von Geschäften zu dem maßgebenden Zeitpunkt abgeschlossen wurde und daß das Resultat ihrer Vergleichung der behauptete Marktpreis ist. Dabei können, falls der maßgebende Tag zwischen zwei Preisnotirungstage fällt (vgl. R.O.H.G. VIII S. 100), Preisnotirungen des letzten oder des folgenden Preisnotirungstages mit Vorsicht herangezogen werden. Unbedingt beweisend sind sie nicht, da auch in der Zwischenzeit eine größere Menge von Abschlüssen zu anderen Preisen stattgefunden haben kann.

e) Die Bestimmung des § 453 ist nur eine Auslegungsvorschrift. Nach dem Nr. 6.
Parteiwillen kann der Börsenpreis eines bestimmten Ortes (z. B. der Berliner Börsenpreis) zu Grunde gelegt sein, die Parteien können ferner statt des wirklichen Marktpreises die amtliche Feststellung für maßgebend erklären (so insbesondere im Verkehr zwischen Publikum und Bankier, vgl. Staub S. 1248 Anm. 21), sie können an Stelle des Zeitpunktes der Erfüllung den des Vertragsschlusses setzen u. s. w. Das Letztere wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Zeitpunkt der Erfüllung nicht fest bestimmt, sondern von der Willkür der einen oder anderen Partei abhängig gemacht ist (v. Hahn zu Art. 353 § 3).

4. Der Kaufpreis kann auch bemessen sein nach Zahl (pro Stück . . .), Nr. 7.
Umfang (pro Meter) oder Gewicht der Waaren. Nur für den letzten Fall stellt § 380 Abs. 1 einen naturgemäßen Auslegungsgrundsatz auf. Es soll — sofern nicht Vertrag oder Handelsgebrauch des Erfüllungsortes des Verkäufers ein Anderes ergeben („Brutto für Netto") — nur das Nettogewicht in Betracht kommen, während das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) für den Kaufpreis der Waare außer Ansatz bleiben soll.

Diesenfalls ist dann also das Gewicht der **Tara** zu ermitteln, um zum Kaufpreis zu gelangen. Die Ermittelung kann durch genaue Abwiegung „gestürzter" Waare oder der Verpackung im Einzelfalle geschehen (Original-Fakturen-Tara), es kann aber durch den Vertrag oder den Handelsgebrauch des Erfüllungsortes des Verkäufers ein für alle Male ein bestimmter Gewichtsbetrag vom Bruttogewicht als Taragewicht abgezogen werden (Prozenttara: Goldschmidt, Hdb. I S. 574). Dieser Gewichtsbetrag wird entweder als prozentualer Betrag vom Bruttogewicht oder als solcher vom Nettogewicht berechnet.

Ersterenfalls ist er größer als letzterenfalls. Ersterenfalls würde bei einem Bruttogewicht von 1000 Kilogramm und einer Tara von 5% das Nettogewicht $1000 - 1000 \cdot {}^{5}/_{100} = 950$ betragen. Letzterenfalls würde dagegen das Gewicht der Tara nicht 50, sondern nur $47\,{}^{13}/_{21}$ sein. Denn das Nettogewicht $N + {}^{5}/_{100}\,N$ ergiebt das Bruttogewicht 1000, demnach $N = \frac{1000 \cdot 100}{105} = 952\,{}^{8}/_{21}$.[1])

---

[1]) Nichts mit dieser Frage hat die andere zu thun, ob der Käufer die Verpackung behalten darf oder ob er sie zurückgeben muß. Das Letztere ist mangels entgegenstehender Vereinbarung anzunehmen (Busch XXIII S. 337, XXXVII S. 372, Thoel, H.R. § 253), es sei denn, daß die Verpackung ohne Werth ist, oder daß sie als Ausstattung, mithin Eigenschaft der Waare, erscheint (R.O.H.G. XI S. 107, sogen. Originalverpackung); ebensowenig die Frage, wer die Kosten der Verpackung und des Messens und Wägens zu tragen hat. Hierüber B.G.B. § 448. Danach trägt die Kosten der Verpackung (Fastage, Sackage) der Käufer, soweit sie als Kosten der Versendung erscheinen, es sei denn, daß der Ort, nach dem versendet wird, Erfüllungsort ist oder daß der Verkäufer Frankoversendung übernommen hat (dazu R.O.H.G. XVII S. 9, XXIII S. 134). Deshalb hat der Käufer dem Verkäufer die durch die Verpackung entstandenen Unkosten zu ersetzen. Eine Vergütung für die Mühe besonders sorgfältiger Verpackung hat das R.O.H.G. dem Verkäufer aus § 354 zugebilligt (III S. 115), aber meistens wird es dem Handelsbrauch entsprechen, solche nicht besonders zu liquidiren (vgl. bei § 354 Nr. 9). Die Kosten der Rücksendung

Digitized by Google

[illegible] **Verpackung insbesondere des Kaufgutes.** [illegible]

a) [illegible] Verpackung [illegible]

b) [illegible] Verpackung [illegible]

c) [illegible] Verpackung [illegible] XXXIV [illegible]

d) [illegible] **Vergütung** [illegible]

e) [illegible] **Versendung** [illegible]

f) [illegible] **Tiefent** [illegible]

Verpackung [illegible]

§ 272); daß dies der Fall ist, hat er zu beweisen. Ueber die Folgen, wenn der Käufer nachträglich nicht pünktlich zahlt, Bolze XIII Nr. 272, Busch X S. 363. — Etwas anders als der wahre Diskont (Kassaskonto, Zahlungsskonto) ist ein als Rabatt („Waarenskonto") bezeichneter, von der Zahlfrist und dem Verzuge unabhängiger Abzug vom Preise (R.O.H.G. XII Nr. 25, z. B. wegen der besonderen Beziehungen zwischen beiden Theilen) im Gegensatz zur Vereinbarung „rein netto" oder „netto Kassa". Für den Fall des Verzuges zahlt dann der Käufer besondere Verzugszinsen. Vgl. z. B. Riesenfeld Nr. 399, 409, 413, 415 ꝛc. Vgl. Busch IX S. 356, X S. 364, Dove-Apt I S. 113 f., 92. — Nicht selten finden sich Waaren- und Kassaskonto in Verbindung mit einander, z. B. es ist bedungen: Zahlung: „30 Tage 4% Skonto, sonst 2% Skonto". Dann gilt, wenn das Zahlungsziel von 30 Tagen nicht innegehalten wird, daß der Käufer nur noch 2% Skonto verlangen kann. Die 4% Skonto enthalten also 2% Kassa- und 2% Waarenskonto. Vgl. Dove-Apt I S. 115 f., Riesenfeld Nr. 260, 393 ff.

7. Das ältere Recht enthielt die entsprechenden Sätze in Art. 352, 353, 334 Abs. 2. Nr. 12.

§ 381.

Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waaren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Werthpapieren.

Sie finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

Entw. I § 353, II § 373; Denkschr. I S. 227, II S. 3250.

I. **Absatz 1.** Ueber den Begriff der Werthpapiere oben bei § 1 Nr. 49. Nr. 1.

Zur Anwendung kommen die sämmtlichen Vorschriften des zweiten Abschnittes, soweit sie nicht der Natur der Sache nur auf Waaren zugeschnitten sind wie § 380 (über das Gewicht der Verpackung). Demnach kommt zur Anwendung:

1. § 373 Abs. 1. Die Hinterlegung der Werthpapiere auf Gefahr und Kosten des Käufers wird natürlich nicht in einem öffentlichen Lagerhause, sondern bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle oder bei einem Bankier erfolgen.

Abs. 2. Ein Werthpapier kann einen Börsenpreis haben, trotzdem es zum Börsenhandel nicht zugelassen ist; denn der Begriff des Börsenpreises ist, wie oben § 380 Nr. 4 ausgeführt ist, unabhängig davon, ob offizielle Einrichtungen für die Preisnotirung bestehen. Demgemäß kann der freihändige Selbsthülfeverkauf durch Kursmäkler (Zwangsregulirung) auch bei nicht zum Börsenhandel zugelassenen Werthpapieren erfolgen. Nicht steht Reichsbörsengesetz § 41 entgegen. Denn weder handelt es sich um Benutzung von Börseneinrichtungen noch um Vermittelung von Geschäften durch Kursmäkler beim Selbsthülfeverkauf (zustimmend Kahn zu B.G. § 41 Anm. 3, § 34 Anm. 3).

Dem Verderb ausgesetzt wird ein Werthpapier dann sein, wenn seine starke Entwerthung in unmittelbarer Aussicht steht, z. B. bei Wechseln deren Präjudizirung, bei Zins- und Gewinnantheilscheinen der Ablauf der gesetzlichen Vorlegungsfrist (B.G.B. § 801) u. s. w.

2. § 374. Nr. 2.

3. § 375 (wird selten vorkommen).

4. § 376.

5. § 377.

6. § 378.

Hinsichtlich der §§ 377, 378 kann sich bei Werthpapieren die Frage erheben, ob ein Qualitätsmangel oder ein aliud vorliegt. Das R.O.H.G. XX S. 418 hat angenommen, daß ausländische Inhaberpapiere mit Prämien, die nach dem Reichsgesetz vom 8. Juni 1871 gestempelt sein müssen, falls sie mit gefälschten Stempeln geliefert sind, als aliud gelten. Das R.G. (I S. 292) nahm das Gleiche bei ausgelooften Prämienscheinen an, wenn das Geschäft über Prämienantheilscheine lautete; das R.O.H.G. XIV S. 370, wenn Aktien anderer Art geliefert werden (denen das vorausgesetzte Bezugsrecht fehlte). Bezüglich ausgelooster (und gekündigter) Effekten vgl. auch R.O.H.G. XX S. 387 ff. — Das R.G. IV S. 195 ff. nahm ein aliud an, wenn Werthpapiere durch körperliche Beschädigung die Eigenschaft der Lieferbarkeit nach der maßgebenden Börsenusance einbüßten.[1]) Vgl. ferner Bolze XI Nr. 393: 100 Gulden

[1]) Vgl. dazu Hanausek II S. 368 ff.

Digitized by Google

Rente statt 1000 Gulden Rente. In solchen Fällen wird der Verkäufer auch die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten müssen. — Fehlten den gelieferten Werthpapieren mitzuliefernde Dividendenscheine, so ist jedenfalls weniger geliefert als geliefert werden sollte. Hier kann möglicherweise § 378 zur Anwendung gelangen (vgl. R.O.H.G. I S. 168).[1])

Nichts mit den §§ 377, 378 hat es zu thun, wenn zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgebotene oder für kraftlos erklärte Papiere geliefert werden. Hier liegt ein Mangel im Recht vor, den der Verkäufer nach B.G.B. § 437 Abs. 2 zu vertreten hat. Ebensowenig der Fall, daß ein im Auslande zahlbares Werthpapier geliefert wird, das gestohlen war und in Folge dessen nach dem maßgebenden ausländischen Recht der Opposition des früheren Eigenthümers unterliegt (R.G.E. XXX S. 155 ff.).

7. § 379.

Nr. 3. II. **Absatz 2.** Nach B.G.B. § 651 wird der Werklieferungsvertrag, wenn es sich um vertretbare bewegliche Sachen handelt, schlechthin als Kauf behandelt. Für diesen Fall finden somit ohne Weiteres die Grundsätze des zweiten Abschnittes Anwendung.

Handelt es sich um die Herstellung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, so gelten zwar im Allgemeinen die Grundsätze über den Kauf,[2]) aber sie werden durch zahlreiche Vorschriften über den Werkvertrag modifizirt. Indem Abs. 2 die Vorschriften des zweiten Abschnittes auf diesen Fall[3]) Anwendung finden läßt, ergiebt sich folgendes Bild:

Nr. 4. 1. §§ 373, 374. Der Begriff des Annahmeverzuges des Käufers wird insofern modifizirt, als der Besteller nach B.G.B. § 640 verpflichtet ist, das vertragsmäßige Werk abzunehmen und darauf verklagt werden kann. Unter Abnahme ist hier nicht bloß die faktische Empfangnahme, wie beim Kauf, sondern die Annahme der als Erfüllung angebotenen Leistung als Erfüllung im Sinne von B.G.B. § 363 (Planck zu § 640) zu verstehen. Demnach würde der Besteller auch dann in Annahmeverzug (möglicherweise sogar in Leistungsverzug) gerathen, wenn er zwar das Werk in Empfang genommen, aber dabei die Anerkennung der Annahme als Erfüllung verweigert hat. Dies darf nicht dahin verstanden werden, daß er vorbehaltslos annehmen muß. Es genügt, daß er überhaupt als Erfüllung annimmt, auch wenn er sich Rechte wegen Mängel des Werkes vorbehält. Verweigert er dagegen Annahme als Erfüllung, so geräth er trotz der faktischen Empfangnahme in Annahmeverzug.

Die eigenthümlichen civilrechtlichen Folgen des Annahmezuges, die das B.G.B. §§ 642—645 aufstellt, gelten auch für den Fall, daß es sich um ein Handelsgeschäft handelt.

Nr. 5. 2. § 375. Hier konkurrirt zugleich B.G.B. §§ 642, 643. Letztere Bestimmungen setzen ein verschuldetes Unterlassen des Bestellers nicht voraus, da sie von Verzug der Annahme handeln. Der Unternehmer hat die Wahl zwischen B.G.B. §§ 642, 643 und H.G.B. § 375.

Nr. 6. 3. § 376. Handelt es sich um einen gewöhnlichen Werklieferungsvertrag, so kann gemäß B.G.B. § 636 der Besteller bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes dem Unternehmer eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er die Abnahme des Werkes nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann er von dem Vertrage zurücktreten oder Herabsetzung des Aequivalents verlangen; der Anspruch auf Herstellung des Werkes ist ausgeschlossen. Zeigt sich schon vor dem Ablieferungstermin, daß das Werk nicht rechtzeitig hergestellt werden wird, so kann er die Frist sofort bestimmen, muß sie dann aber so bemessen, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. — Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die rechtzeitige Herstellung unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Rücktritt oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. Der

[1]) Hanausek II S. 372 Anm. 10 sieht darin einen Qualitätsmangel, der § 377 untersteht. Fehlten ihnen Talons, so liegt Qualitätsmangel vor. Vgl. ferner Bolze XI Nr. 411 (Ausländische Effekten, die außer Kurs gesetzt sind, Qualitätsmangel, wenn sie deswegen an deutschen Börsen nicht lieferbar sind, wohl aber an ausländischen Börsen lieferbar sind).

[2]) Im Gegensatz zum Preuß. Landr., das die Grundsätze vom Werkverdingungsvertrage anwandte, R.O.H.G. II S. 291, VI S. 31, XXIII S. 88, R.G.E. XXV S. 91.

[3]) In Uebereinstimmung mit dem früheren gem. Recht. Vgl. R.O.H.G. IX S. 221, XI S. 63, XXI S. 313, R.G.E. I S. 57.

Digitized by Google

Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn die nicht rechtzeitige Herstellung die Interessen des Bestellers nur unerheblich beeinträchtigt. — Ueber die Gefahrstragung B.G.B. §§ 644—646, das Kündigungsrecht des Bestellers B.G.B. §§ 649, 650. Ist der Unternehmer in Verzug, so bleiben dem Besteller außerdem die allgemeinen Rechtsbehelfe.

Handelt es sich um ein Fixgeschäft, so gilt § 376.

4. § 377. Ueber den Umfang der Haftung des Unternehmers für Mängel normirt B.G.B. § 633 Abs. 1. Ueber die Folgen mangelhafter Lieferung B.G.B. § 633 Abs. 2, 3, 634, 635, 637, 638, 639, 640. Die Verjährung des Anspruches beginnt nach B.G.B. § 638 hier nicht von der Ablieferung ab (B.G.B. § 477 Abs. 1), sondern von der wirklichen Abnahme (im oben erörterten Sinne), die Untersuchung der Mängel hat dagegen nach § 377 sofort nach der Ablieferung zu geschehen. Nr. 7. Nr. 8.

5. §§ 378—380. Hier ist nichts Besonderes zu bemerken. Nr. 9.

III. Daß die Bestimmungen des zweiten Abschnittes sich auf den eigentlichen Werkvertrag nicht beziehen, darüber oben §§ 373 Nr. 2, 377 Nr. 5, 379 Nr. 1. Als eigentlicher Werkvertrag gilt nach B.G.B. § 651 Abs. 2 der Vertrag über Herstellung eines Werkes auch dann, wenn der Unternehmer sich zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet hat. Ferner gilt als Werkvertrag der Vertrag über Herstellung eines Bauwerkes, das Bestandtheil eines Grundstückes des Bestellers werden soll. Ist umgekehrt der Besteller zur Beschaffung von Zuthaten verpflichtet, so wird am Wesen des Kaufvertrages nichts geändert. Hat jeder einen Theil des Stoffes zu liefern, so liegt ein Werkvertrag vor.

IV. Aelteres Recht. Die Bestimmung des § 381 Abs. 1 entspricht dem älteren Recht, obwohl das alte H.G.B. sie nicht ausdrücklich enthielt. Nr. 10.

Dagegen enthielt das ältere H.G.B. die Bestimmung des zweiten Absatzes nicht. Vielmehr hatte das Landesrecht zu entscheiden, ob ein Lieferungsgeschäft über nicht vertretbare Sachen Kauf war. Je nach dessen Standpunkt war dann das Handels- oder bürgerliche Recht anzuwenden (vgl. R.O.H.G. II S. 289, VI S. 32). Dabei hat es hinsichtlich des vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Geschäfte auch sein Bewenden.

§ 382.

Die Vorschriften der §§ 481 bis 492 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung bei Viehmängeln werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt.

Entw. I § 354, II § 374; Denkschr. I S. 229, II S. 3250.

Auch auf den Viehkauf finden die Vorschriften des zweiten Abschnittes Anwendung. Eine Ausnahme wird nur insoweit gemacht, als die §§ 481—492 des B.G.B. ein Anderes bestimmen. Da nun diese §§ nur besondere Sätze hinsichtlich der Haftung des Käufers für Qualitätsmängel aufstellen, so greift die in § 382 gemachte Ausnahme nur für die Thatbestände des § 377 Platz. Demnach cessirt die in § 377 auferlegte Untersuchungs- und Rügepflicht beim Viehkauf. Der Käufer behält seine durch das bürgerliche Gesetzbuch statuirten Rechte wegen Qualitätsmängel, auch wenn er nicht sofort untersucht und rügt. Und umgekehrt er verliert seine Rechte, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der gesetzlichen Gewährfrist, oder, falls das Thier vor dem Ablaufe der Frist getödtet worden oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Thieres den Mangel dem Käufer anzeigt. Vgl. im Einzelnen B.G.B. § 485 und Vo., betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel, vom 27. März 1899.

Jenseits der Thatbestände des § 377 bleibt es bei den Vorschriften des zweiten Abschnittes. Daraus folgt, daß auch bei Viehkauf eine Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers bei Lieferung eines aliud oder einer größeren oder geringeren Menge von Waaren (§ 378) anerkannt ist, es sei denn, daß die gelieferte Waare offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Denn mit diesen Fällen befassen sich die §§ 481—492 des B.G.B. gar nicht.

Das ältere Recht unterwarf den Viehhandel nach der Ansicht des R.O.H.G. (XXV S. 232), die freilich nicht unbestritten war, den Bestimmungen über den Handelskauf, auch dem Art. 347, ließ jedoch die kürzeren Fristen, die das Landesrecht für die Geltendmachung von Mängeln aufstellte, unberührt (Art. 349 Abs. 4).

Digitized by Google

Anhang zum zweiten Abschnitt.

Nicht übernommene Bestimmungen des A. D. H.G.B.

Das alte H.G.B. enthielt in dem Titel über den Kauf noch einige weitere Bestimmungen.

Sie betrafen: 1. das unverbindliche Anerbieten zum Verkauf (Einladung zu Offerten) Art. 337;
2. den Kauf auf Probe, nach Probe, zur Probe Art. 339—341;
3. den Erfüllungsort für beide Theile und die Erfüllungszeit für den Käufer Art. 342;
4. Verpflichtungen des Verkäufers hinsichtlich Uebersendung der Waare Art. 344;
5. den Uebergang der Gefahr Art. 345;
6. die Verpflichtung des Käufers zur Empfangnahme der Waare Art. 346.

Diese sind durch die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts ersetzt. Doch sollen sie der Vollständigkeit halber mitbehandelt werden.

I. Unverbindliche Einladungen zu Offerten.

Nr. 1. Art. 337 erklärte, das Anerbieten zum Verkauf, das erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschehe, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet sei, sei kein verbindlicher Antrag zum Kauf.

Diese Vorschrift wurde, weil sie nur eine Anwendung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts darstellte, fortgelassen (Denkschr. II S. 3250). Im B.G.B. selbst findet sich freilich ein entsprechender Satz nicht. Vielmehr ist der Begriff des „Antrages", den B.G.B. § 145 zu Grunde legt, durch Wissenschaft und Praxis selbständig zu entwickeln und dabei wird das Resultat ein dem alten Art. 337 entsprechendes sein. Zum Begriff des Antrages gehört, wie Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I § 58 richtig ausführt, daß aus der Erklärung des Antragstellers zu entnehmen ist, daß durch die zustimmende Erklärung der Gegenpartei der Vertrag abgeschlossen sein soll. Wo dagegen die Erklärung nur darauf abzielt, daß die Gegenpartei ihrerseits einen Antrag stellen soll, liegt eine bloße Einladung vor.

Nr. 2. Solche bloße Einladung wird gewöhnlich vorliegen, wenn das Anerbieten zum Verkauf, beziehungsweise Kauf entweder an das große Publikum oder an mehrere einzelne Personen durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, wenngleich nicht die Möglichkeit einer direkten Offerte an das Publikum ausgeschlossen ist. Vgl. die freilich nicht einwandsfreie Dissertation von W. Zschimmer, Die Offerte an das Publikum 1897, ferner v. Hahn zu Art. 337 §§ 6 ff. Bezüglich des Automaten Neumond im Archiv f. civ. Praxis Bd. 89.

Stets wird solche bloße Einladung zu Offerten vorliegen, wenn die Waare, der Preis oder die Menge nicht genügend „bestimmt", bezeichnet ist, denn hier fehlt es an einem essentiellen Bestandtheil des Kaufvertrages. Doch ist hier daran festzuhalten, daß es genügt, wenn nach der Sachlage die Bestimmbarkeit von Waare, Preis und Menge gegeben ist, wobei auf die Verkehrssitte, bei Verträgen unter Kaufleuten auch auf den Handelsgebrauch Rücksicht zu nehmen ist.

α) Bezüglich des Preises vgl. das Nähere bei § 380 Nr. 1—8.

Nr. 3. β) Bezüglich der Waare ist auf das voraufgehende Verhalten der Parteien, auf ihre Geschäftsverbindung und dgl. Rücksicht zu nehmen, aus denen die Bestimmbarkeit, insbesondere die Qualität sich bei noch so allgemeiner Bezeichnung der Waare ergeben kann (vgl. v. Hahn zu Art. 337 § 3). So könnte die allgemeine Bezeichnung „100 Flaschen Wein" nach Lage der Dinge genügen, weil die Parteien damit stets Rothwein von einer bestimmten Marke gemeint haben (vgl. Busch XXII S. 377 ff.).

Nr. 4. γ) Bezüglich der Menge sind die gebrauchten Ausdrücke mit Rücksicht auf den Handelsgebrauch, beziehungsweise die Verkehrssitte auszulegen. So ist der Zusatz „etwa", „ungefähr", „circa" dahin auszulegen, daß nach dem Willen der Vertragsschließenden die in Zahlen ausgedrückte Menge (beziehungsweise der Preis) nicht in bedeutendem Maß überschritten wird (R.O.H.G. I Nr. 14, 40, VIII Nr. 51, IX Nr. 38 S. 129, vgl. auch Busch XVII S. 115, XIX S. 292), bei Gewichtsangaben soll der Zusatz „circa" die Gleichgültigkeit eines unbedeutenden Mehr oder Minder

Digitized by Google

ausdrücken (R.O.H.G. XV S. 334. Vgl. über die Bedeutung der „Circa" Klausel z. B. Dove-Apt S. 228). Auch die zumal bei Vierabnahmeverträgen vorkommende Abhängigmachung der Quantität vom Bedürfnisse der Wirthschaft des Bestellers enthält eine genügende Bestimmung der Menge (R.O.H.G. XIV S. 292, XI S. 2, vgl. Bolze VI Nr. 552, VIII Nr. 317). Die Angabe „mehrere Hundert Dutzend" würde freilich nicht genügen (R.O.H.G. XI S. 1), noch weniger die allgemeine Angabe, man stehe mit Waaren gewisser Qualität „zu Diensten", ohne daß die Menge angegeben wird (Busch XVII S. 116).

II. **Kauf nach Probe.**

Zwar nicht den Worten, aber dem Inhalt nach stimmt mit Art. 340 des A. D. H.G.B. überein B.G.B. § 494:

Bei einem Kaufe nach Probe oder Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen.

Die Begriffsbestimmung läßt ebenfalls erkennen, daß es sich beim Kauf nach Nr. 5.
Probe um einen Kauf handelt, dessen Eigenthümlichkeit nur in der Zusicherung gewisser Eigenschaften besteht. Zugesichert sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters.

a) Es handelt sich um einen mit Rücksicht auf die Probemäßigkeit unbedingten Kauf. Ist der Kauf von der Bedingung abhängig, daß die Waare der Probe entspreche, so liegt kein eigentlicher Kauf nach Probe vor (R.O.H.G. II S. 420). Selbstverständlich ist, daß der Kauf nach Probe von sonstigen Bedingungen abhängig sein, es unbedingte und bedingte Käufe nach Probe geben kann.

b) Dieser Kauf enthält Zusicherungen bestimmter Eigenschaften, es ist Nr. 6.
ein Kauf mit zugesicherten Eigenschaften, für die der Verkäufer in Gemäßheit von B.G.B. § 459 Abs. 2 haftet. Die Zusicherung kann mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludente Handlungen erfolgen. In dem bloßen Vorlegen einer Probe oder eines Musters wäre solche konkludente Handlung nicht zu erblicken, sie geschieht möglicherweise bloß zur allgemeinen Orientirung, zur Erforschung des Geschmacks des Käufers, ohne die Uebernahme einer Garantie dieser Eigenschaften (Busch VIII S. 154, XXXIX S. 213, R.O.H.G. II S. 418 ff., XVI S. 318). Insbesondere wird dies dann der Fall sein, wenn die vorgelegte Probe überhaupt nur geeignet ist, ein ganz allgemeines Bild zu geben (z. B. Most mit Bezug auf Wein R.O.H.G. XX S. 329). Wird die Probe dem Käufer überliefert, so wird freilich eine Vermuthung für den Kauf nach Probe erweckt, doch könnten die Umstände auch hier gegen solchen sprechen, z. B. die Art der nachträglichen Buchung (R.O.H.G. XV Nr. 52). Umgekehrt braucht eine Probe nicht gerade vorgelegt oder ausgehändigt zu werden (so unrichtig Seuffert XXV Nr. 21), es kann Bezug genommen werden auf frühere Käufe. So kann der Käufer, nachdem er einen kleinen Posten „zur Probe" gekauft hat, nachher unter Bezugnahme auf diesen Posten eine größere Partie kaufen (R.G.E. XI S. 39), dann folgt dem gewöhnlichen Kauf (zur Probe) ein Kauf nach Probe. Oder der Käufer nimmt durch die Klausel „wie gehabt" auf frühere Käufe Bezug (Hanausek, Haftung I S. 78, bedenklich R.O.H.G. XIII S. 214). Auch auf Anderen vom Verkäufer oder von einem Drittten gelieferte Waaren kann Bezug genommen werden, der Verkäufer sichert zu, daß die verkaufte Waare die gleichen Eigenschaften besitzt. — Gleichgültig ist auch, welche der beiden Parteien die Probe beschafft hat.

c) Die Zusicherung besteht jedenfalls darin, daß die Waare probemäßig Nr. 7.
ist. Thatfrage ist, ob die „Probemäßigkeit" ausdrücken soll völlige Uebereinstimmung der Waare mit der Probe bis in die kleinste Einzelheit (einschließlich der Mängel der Probe), oder ob damit nur Uebereinstimmung im Großen unter Zulässigkeit unerheblicher, die Marktfähigkeit nicht beeinträchtigender (R.G.E. XXIX S. 88) Abweichungen gemeint ist. Das Letztere wird vielfach im Großhandel, wenn es sich um Gattungskauf handelt, der Fall sein, insbesondere wird der Richter beim Verkehr unter Kaufleuten auf diesfallsige Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen haben (vgl. R.G.E. XX Nr. 6: Velvethandel, R.O.H.G. XIX S. 189: Spielwaarenhandel, vgl. ferner Bolze IV Nr. 720, 721, XV Nr. 362). Im Zweifel wird auch anzunehmen sein, daß heimliche (nicht offenbare Bolze XIII Nr. 433) Mängel der Probe nicht der Waare anhaften sollen, der Verkäufer also Freiheit von allen Fehlern, ohne die die Probe sich darstellte, garantirt (R.G.E. XX S. 39, XXVII S. 20). Darum wird dem Verkäufer die Berufung darauf, daß die Kaufprobe wirklich von der gelieferten Waare genommen sei, nichts nützen, der Käufer wollte eben Waare nach Art der Probe, nicht bloß die Waare, von der die Probe thatsächlich herstammt (Bolze V Nr. 653). Doch wird dem sach-

Digitized by Google

verständigen Kontrahenten dann, wenn solche Mängel an der in Rede stehenden Waare häufig vorkommen, die Pflicht aufzuerlegen sein, das Nichtvorhandensein des Mangels ausdrücklich auszubedingen. Thut er dies nicht, so wird der Verkäufer annehmen dürfen, daß der Käufer auf solche Mängel nicht die Zusicherung erstreckt sehen will (R.G.E. XX S. 39). Legt der Verkäufer arglistig eine Probe vor, die heimliche Mängel enthält, um daraufhin fehlerhafte Waare zu liefern, so wird er sich nicht einmal auf eine Vertragsklausel des Inhalts, daß die Waare nur so ausfallen werde, wie die Probe sei („garantirt nur nach Muster") berufen können (Bolze X Nr. 462, XI Nr. 387).

Nr. 8. d) Der Verkäufer kann natürlich noch weitere Zusicherungen übernehmen. Dann liegt ein Kauf nach Probe vor, bei dem der Verkäufer bestimmte, außerhalb der Probe liegende Eigenschaften zusichert. (Vgl. z. B. R.O.H.G. VIII S. 250: „die zu liefernde Waare soll zu einem bestimmten Zweck tauglich sein", XIV S. 290, XXII S. 248, R.G.E. XXVII S. 20, Bolze X Nr. 470, VII Nr. 583, ferner Z. XXIII S. 559, 560.)

e) Bezüglich der **Beweislast**:

Nr. 9. α) Ob Kauf nach Probe vorliege, herrscht Einigkeit darüber, daß, wenn es sich um den Kauf einer Spezies handelt, Denjenigen die Beweislast trifft, der ein Recht aus dem Kauf nach Probe ableitet (R.O.H.G. II S. 420). Dagegen war die Praxis des R.O.H.G. für den wichtigeren Fall des Gattungskaufes zu einem anderen Resultat gelangt. Sie nahm in der Behauptung des Beklagten, es läge Kauf nach Probe vor, gegenüber der Behauptung des Klägers, es sei allgemein die Gattung verkauft worden, ein Leugnen des Klagegrundes an, der durch die zugesicherte Probemäßigkeit des Genus nur enger begrenzt werde (vgl. R.O.H.G. XV S. 56). Indessen trifft dies beim Gattungskauf nicht stets zu. Es kann die Waare auf Grund der Probe sich als ein anderes Genus darstellen, als das vom Kläger behauptete, z. B. Kläger behauptet deutschen Schaumwein verkauft, Beklagter französischen Schaumwein gekauft zu haben. Es kann aber auch dasselbe Genus mit besonderen Eigenschaften vorliegen (vgl. die einschlägigen Erörterungen bei § 378 Nr. 5). Letzterenfalls träfe den Beklagten, der sich auf Kauf nach Probe beruft, der Beweis (vgl. die treffenden Bemerkungen von Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 7).

Nr. 10. β) Der Beweis, daß die Waare probemäßig ist, trifft in erster Linie den Verkäufer, da dieser gegenüber der exceptio non rite adimpleti contractus zu beweisen hat, daß er erfüllt hat (B.G.B. § 320, Busch XXII S. 487, R.O.H.G. II S. 181, VI S. 327, XI S. 367, Adler-Clemens Nr. 218, 1607). Dies gilt nicht bloß dann, wenn Verkäufer auf Zahlung, sondern auch dann, wenn Käufer unter Zurückweisung der Waare auf Rückzahlung des Kaufpreises oder auf Schadensersatz klagt (R.O.H.G. II S. 181, VI S. 327, VIII S. 223, XI S. 367, Bolze XIX Nr. 557). Hat der Käufer die Waare als Erfüllung angenommen, so dreht sich die Beweislast um (B.G.B. § 363).

Nr. 11. γ) Zum Beweise, daß nach Probe gekauft, wie daß die Waare probemäßig oder probewidrig ist, wird meist die Vorlegung der Probe unerläßlich sein. Soweit dies der Fall ist, hat der beweispflichtige Theil gegen den Gegner, der die Probe behufs Aufbewahrung erhalten oder behalten hat, ein Recht auf Vorlegung der Probe. Verweigert der andere Theil die Vorlegung oder ist sie ihm durch seine Schuld unmöglich geworden, so trifft ihn die Beweislast, die gegnerische Behauptung gilt ihm gegenüber als wahr, falls ihm nicht der Beweis der Unrichtigkeit gelingt (Seuffert XXIII Nr. 270, XXXIX Nr. 206, Adler-Clemens Nr. 166, R.G.E. XX S. 5, R.O.H.G. IX S. 27, XXIII S. 308, vgl. oben S. 8 Nr. 23).[1] — Ist dagegen die Probe ohne Schuld eines Theiles untergegangen — z. B. wenn Verkäufer mit Einwilligung des Käufers die Probe einem Dritten aushändigt, bei dem sie untergeht (Bolze XIX Nr. 536) — so hat den Schaden der zu tragen, der beweispflichtig ist, er wird beweisfällig (vgl. hierzu Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 10). — Erhellt die Beschaffenheit der Probe auch ohne deren Vorlegung, z. B. durch Einräumung der betreffenden Partei, so schadet es der Partei, der die Aufbewahrung der Probe oblag, nicht, daß sie deren Untergang verschuldete (O.L.G. Hamburg in H. G.Z. VIII Nr. 19).

---

[1]) Mitunter behält der Theil, der dem anderen die Probe zur Aufbewahrung übergeben hat, eine sogenannte Kontreprobe, insbesondere der Verkäufer (Z. XXIII S. 561, 562). Eine gesetzliche Bestimmung der Verpflichtung zur Aufbewahrung einer solchen besteht aber nicht und ebensowenig ein Editionsanspruch.

Digitized by Google

δ) Danach wird die Frage, wem der Beweis der Identität der Probe obliegt, falls diese bestritten wird, sich generell nicht beantworten lassen. Klagt der Verkäufer aus einem Kauf nach Probe und bestreitet Beklagter die Identität der vom Kläger oder einem Dritten vorgelegten Probe — so liegt dem Verkäufer der Beweis ob (a. A. Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 11). Das Gleiche wird zu gelten haben, wenn der aus Kauf nach Probe klagende Verkäufer die Identität der vom Beklagten vorgelegten Probe, z. B. wegen durch Irrthum oder Betrug entstandener Verwechselung des Käufers, bestreitet. Solchen Fall hat R.O.H.G. VI S. 339 im Auge, ebenso XII S. 9, anders wieder R.O.H.G. XX S. 63; ebenso hat, wenn der wegen Probewidrigkeit auf Rückzahlung des Kaufpreises verklagte Verkäufer die Identität der vom klagenden Käufer vorgelegten Probe bestreitet, der Beklagte die Beweislast, R.O.H.G. XVIII S. 206. Nr. 12.

Klagt der Verkäufer dagegen aus einem gewöhnlichen Kauf, insbesondere aus einem gewöhnlichen Gattungskauf, während Beklagter Kauf nach Probe behauptet, so wird der Beweis — falls in der Behauptung des Beklagten nur eine exceptio, nicht eine negative Litiskontestatio liegt — diesem obliegen.

III. **Kauf auf Besicht oder auf Probe.** Nr. 13.

Hierüber enthielt Art. 339 des A. D. H.G.B. weitere Bestimmungen. Diese sind durch die inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmenden §§ 495, 496 des B.G.B. überflüssig geworden.

§ 495. Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

§ 496. Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.

Danach ist, wie in Art. 339 des A. D. H.G.B., der Kauf auf Probe ein bedingter Kauf und zwar im Zweifel ein suspensiv bedingter Kauf.[1]) Die Suspensivbedingung besteht darin, daß der Käufer innerhalb bestimmter Frist seine Billigung erklärt (Planck zu § 495 Nr. 2). Der Käufer ist völlig frei darin, ob er billigen will. Ist der Käufer irgendwie gebunden, z. B. ist er verpflichtet zu billigen, falls die Waare gewissen objektiven Erfordernissen entspricht, oder falls sie den Kunden des Käufers gefällt, oder falls sie einer gewissenhaften Prüfung Stand hält, oder falls der Käufer sie nirgend anderswo billiger erhalte (Adler-Clemens Nr. 1240 nimmt für diesen

[1]) Wann Kauf auf Probe vorliegt, ist nicht immer leicht zu entscheiden, bei Verkehr unter Kaufleuten sind auch Handelsgebräuche für die Auslegung zu berücksichtigen. Die Worte „auf Probe", „zur Probe" darf man nicht zu sehr pressen; häufig wird bei Kauf „zur Probe" Kauf „auf Probe" gemeint sein (v. Hahn II S. 260 Anm. 1, R.O.H.G. II S. 188). Das Hauptgewicht wird immer darauf liegen, ob dem Käufer freisteht, die Waare zu behalten oder zurückzugeben. Dies liegt auch dann vor, wenn ihm gestattet wird, „nicht Passendes umzutauschen" (Busch XXIII S. 334, Dernburg b. R. II § 193), doch kann dann auch ein Nebenvertrag des Inhaltes vorliegen, daß der Käufer sich verpflichtet, Waaren gewisser Art und desselben Preises vom Verkäufer einzukaufen (vgl. Busch XI S. 6 ff., Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 16). Schickt der Verkäufer auf Bestellung eine Auswahlsendung, so ist es Thatfrage, ob hier überhaupt ein Kauf geschlossen werden soll. Meist wird der Kaufgegenstand nicht genügend bestimmt sein (O.L.G. Karlsruhe in Z. XXXVIII S. 198, Striethorst XLV Nr. 61, anders O.L.G. Zweibrücken ebenda S. 199). Ueber „Mustersendungen" Riesenfeld Nr. 234–238.

Digitized by Google

Nr. 2. 2. Der Kaufpreis kann fest bestimmt sein, sei es mit ausdrücklichen Worten, sei es durch konkludente Handlungen, indem z. B. der Käufer sich stillschweigend den durch Taxe, Tarife, Preisanschläge für Restaurants ꝛc., festgestellten Preisen unterwirft. Er braucht aber nicht fest bestimmt zu sein, es genügt, daß er objektiv bestimmbar ist. Die Bestimmung kann insbesondere durch Bezugnahme auf irgend eine Thatsache oder einen Maßstab geschehen, z. B. den Werth der Anschaffung (R.O.H.G. III S. 44, R.G.E. III S. 109), den Buchwerth, die Kundenüblichkeit (R.O.H.G. XII S. 155). Die Bestimmung kann auch einem Dritten überlassen werden,[1]) sei es nach dessen willkürlicher Schätzung, sei es nach billigem Ermessen des Dritten. Das Letztere gilt als das präsumtiv Gewollte (B.G.B. § 317 Abs. 1). Sollen mehrere Dritte die Summe bestimmen, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend (B.G.B. § 317 Abs. 2).

Die Bestimmung kann auch einer der beiden Parteien — Käufer oder Verkäufer — überlassen werden, sei es deren billigem Ermessen, was vom Gesetz präsumirt wird (B.G.B. § 315 Abs. 1), sei es deren freiem Ermessen, soweit nicht darin ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt oder umgekehrt (beim Käufer) dadurch jede Willensbindung aufhört (Oertmann zu § 315). Soll sie nach billigem Ermessen erfolgen, so hat sie nur dann für den anderen Theil verbindliche Kraft, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so hat der Prozeßrichter durch Urtheil die Bestimmung zu treffen, das Gleiche gilt bei Verzögerung der Bestimmung (B.G.B. § 315 Abs. 3). Näheres hierüber in den Kommentaren zu B.G.B. § 315. Hat einmal der Theil, dem die Bestimmung zusteht, die Bestimmung getroffen, so kann er sie nicht zum Nachtheil des anderen Theiles zurücknehmen oder ändern, doch bleibt ihm Anfechtung wegen Irrthums vorbehalten. Ist überhaupt kein Preis vereinbart, sei es, daß die Parteien ganz darüber schweigen, sei es, daß sie zwar anfangs verhandeln, aber die Festsetzung schließlich aufgeben, so hat im Zweifel der Verkäufer nach billigem Ermessen den Preis zu bestimmen (B.G.B. § 316), bei marktgängigen Waaren wird er dann regelmäßig auf den Marktpreis nach B.G.B. § 453 hinauszukommen haben (vgl. auch R.O.H.G. III S. 389).

Nr. 3. 3. **Marktpreis.** Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, sei es mit direkten Worten, sei es durch Wendungen, wie „üblicher", „laufender Preis" u. dgl., so gilt im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart, B.G.B. § 453. Dabei gilt:

a) Als eine Unterart des Marktpreises erscheint der Börsenpreis.

b) Erfüllungsort und Erfüllungszeit sind Ort und Zeit der Erfüllung des Verkäufers (Planck zu § 453), d. h. an denen, beziehungsweise zu denen der Verkäufer erfüllen soll, nicht an denen er in Wirklichkeit erfüllt hat, da er es sonst in der Hand hätte, den Preis zu seinen Gunsten zu bestimmen. Besteht an dem betreffenden Ort nicht ein Marktpreis, so ist der Marktpreis des dafür maßgebenden Ortes entscheidend.

Nr. 4. c) Marktpreis ist derjenige Preis, „der sich aus der Vergleichung der über die betreffende Waare an dem Börsen- oder Marktplatz zur fraglichen Zeit geschlossenen größeren Zahl von Geschäften ergiebt" (R.O.H.G. II S. 196, R.G.E. XXXIV S. 121, vgl. auch Goldschmidt, Hdb. I, 2 § 64 S. 588, Keyßner in Holtzendorffs Rechtslexikon s. h. v.). Demnach ist Marktpreis nur da, wenn zur fraglichen Zeit Geschäfte, und zwar in größerer Anzahl über die betreffende Waare geschlossen werden (R.G.E. XII S. 9). Sind die Umsätze zu geringfügig, als daß aus ihrer Vergleichung ein Schluß auf die allgemeine Werthschätzung der Waare innerhalb des betreffenden Verkehrskreises gerechtfertigt erscheint, so existirt ein wahrer Marktpreis nicht. Das Gleiche gilt, wenn zwar Angebote („Brief" bei Börsengeschäften) oder nur Nachfrage („Geld" bei Börsengeschäften) vorhanden war, aber keinem von beiden die entsprechenden Accepte nachfolgten (vgl. Börsengesetz § 29 Abs. 3). Geldnotizen in Börsenberichten beweisen also nicht den Marktpreis, weil aus ihnen hervorgeht, daß nur Nachfragen zu einem bestimmten Kurse, aber nicht Abschlüsse erfolgten (R.G.E. XXXIV S. 122). Nicht nothwendig für den Begriff des Marktpreises ist, daß örtliche Einrichtungen zur Ermittelung des Durchschnittspreises bestehen oder daß gar an dem betreffenden Tag der Durchschnittspreis notirt wurde (R.O.H.G. II S. 194 ff., VII S. 175).

---

[1]) Wobei jedoch der Vertrag nicht wider die guten Sitten verstoßen darf, Planck, Kommentar zu § 317.

Digitized by Google

d) Der Beweis über Marktpreise wird nach allgemeinen Grundsätzen geführt. Nr. 5.
Erleichtert wird er durch private oder amtliche Preisnotirungen (für Börsengeschäfte §§ 29—35 des Reichsbörsengesetzes). Amtliche Feststellungen liefern vollen Beweis (R.O.H.G. V S. 331, C.P.O. § 418), doch ist der Gegenbeweis zulässig, daß die Notirung unrichtig ist, sei es, daß der Marktpreis ein anderer ist, sei es, daß solcher überhaupt nicht bestand, z. B. daß der Preis beeinflußt („diktirt") war (R.G. in Strafs. 23 S. 247, R.G.E. XII S. 9). Fehlt es an Preisnotirungen für den betr. Zeitpunkt, so hat der Beweis sich darauf zu richten, daß eine größere Zahl von Geschäften zu dem maßgebenden Zeitpunkt abgeschlossen wurde und daß das Resultat ihrer Vergleichung der behauptete Marktpreis ist. Dabei können, falls der maßgebende Tag zwischen zwei Preisnotirungstage fällt (vgl. R.O.H.G. VIII S. 100), Preisnotirungen des letzten oder des folgenden Preisnotirungstages mit Vorsicht herangezogen werden. Unbedingt beweisend sind sie nicht, da auch in der Zwischenzeit eine größere Menge von Abschlüssen zu anderen Preisen stattgefunden haben kann.

e) Die Bestimmung des § 453 ist nur eine Auslegungsvorschrift. Nach dem Nr. 6.
Parteiwillen kann der Börsenpreis eines bestimmten Ortes (z. B. der Berliner Börsenpreis) zu Grunde gelegt sein, die Parteien können ferner statt des wirklichen Marktpreises die amtliche Feststellung für maßgebend erklären (so insbesondere im Verkehr zwischen Publikum und Bankier, vgl. Staub S. 1248 Anm. 21), sie können an Stelle des Zeitpunktes der Erfüllung den des Vertragsschlusses setzen u. s. w. Das Letztere wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Zeitpunkt der Erfüllung nicht fest bestimmt, sondern von der Willkür der einen oder anderen Partei abhängig gemacht ist (v. Hahn zu Art. 353 § 3).

4. Der Kaufpreis kann auch bemessen sein nach Zahl (pro Stück . . .), Nr. 7.
Umfang (pro Meter) oder Gewicht der Waaren. Nur für den letzten Fall stellt § 380 Abs. 1 einen naturgemäßen Auslegungsgrundsatz auf. Es soll — sofern nicht Vertrag oder Handelsgebrauch des Erfüllungsortes des Verkäufers ein Anderes ergeben („Brutto für Netto") — nur das Nettogewicht in Betracht kommen, während das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) für den Kaufpreis der Waare außer Ansatz bleiben soll.

Diesenfalls ist dann also das Gewicht der Tara zu ermitteln, um zum Kaufpreis zu gelangen. Die Ermittelung kann durch genaue Abwiegung „gestürzter" Waare oder der Verpackung im Einzelfalle geschehen (Original-Fakturen-Tara), es kann aber durch den Vertrag oder den Handelsgebrauch des Erfüllungsortes des Verkäufers ein für alle Male ein bestimmter Gewichtsbetrag vom Bruttogewicht als Taragewicht abgezogen werden (Prozenttara: Goldschmidt, Hdb. I S. 574). Dieser Gewichtsbetrag wird entweder als prozentualer Betrag vom Bruttogewicht oder als solcher vom Nettogewicht berechnet.

Ersterenfalls ist er größer als letzterenfalls. Ersterenfalls würde bei einem Bruttogewicht von 1000 Kilogramm und einer Tara von 5% das Nettogewicht $1000 - 1000 \cdot {}^{5}/_{100} = 950$ betragen. Letzterenfalls würde dagegen das Gewicht der Tara nicht 50, sondern nur $47\,{}^{13}/_{21}$ sein. Denn das Nettogewicht $N + {}^{5}/_{100}\,N$ ergiebt das Bruttogewicht 1000, demnach $N = \frac{1000 \cdot 100}{105} = 952\,{}^{8}/_{21}$.[1])

[1]) Nichts mit dieser Frage hat die andere zu thun, ob der Käufer die Verpackung behalten darf oder ob er sie zurückgeben muß. Das Letztere ist mangels entgegenstehender Vereinbarung anzunehmen (Busch XXIII S. 337, XXXVII S. 372, Thoel, H.R. § 253), es sei denn, daß die Verpackung ohne Werth ist, oder daß sie als Ausstattung, mithin Eigenschaft der Waare, erscheint (R.O.H.G. XI S. 107, sogen. Originalverpackung); ebensowenig die Frage, wer die Kosten der Verpackung und des Messens und Wägens zu tragen hat. Hierüber B.G.B. § 448. Danach trägt die Kosten der Verpackung (Fastage, Sackage) der Käufer, soweit sie als Kosten der Versendung erscheinen, es sei denn, daß der Ort, nach dem versendet wird, Erfüllungsort ist oder daß der Verkäufer Frankoversendung übernommen hat (dazu R.O.H.G. XVII S. 9, XXIII S. 134). Deshalb hat der Käufer dem Verkäufer die durch die Verpackung entstandenen Unkosten zu ersetzen. Eine Vergütung für die Mühe besonders sorgfältiger Verpackung hat das R.O.H.G. dem Verkäufer aus § 354 zugebilligt (III S. 115), aber meistens wird es dem Handelsbrauch entsprechen, solche nicht besonders zu liquidiren (vgl. bei § 354 Nr. 9). Die Kosten der Rücksendung

Digitized by Google

Nr. 8. 5. **Beweislast hinsichtlich des Kaufpreises.** Hier sind folgende Fälle zu scheiden:

a) Verkäufer beruft sich auf einen bestimmten vereinbarten Preis, Käufer behauptet Vereinbarung eines geringeren Preises. Die Beweislast trifft den Verkäufer hinsichtlich des Mehr.

b) Verkäufer verlangt den Marktpreis, Käufer wendet Vereinbarung eines anderen Preises ein. Verkäufer hat Vereinbarung des Marktpreises zu beweisen, doch wird ihm dies nach Lage der Sache kaum schwer fallen.

c) Verkäufer beruft sich auf stillschweigende Vereinbarung eines angemessenen, Käufer behauptet Vereinbarung eines bestimmten Preises. Verkäufer hat die Umstände darzulegen, aus denen solche stillschweigende Vereinbarung zu entnehmen ist (R.O.H.G. XXIV Nr. 19).

d) Verkäufer verlangt den angemessenen Kaufpreis, weil eine besondere Preisbestimmung nicht getroffen ist, Beklagter behauptet Vereinbarung eines niederen Preises. Verkäufer hat den Mangel einer besonderen Vereinbarung zu beweisen. Dies ergiebt sich aus B.G.B. §§ 316, 315 (anders Dernburg b. R. II § 170 Anm. 13).

Für das ältere Recht war die letzte Frage eine bestrittene. Vgl. Seuffert XXXIV Nr. 160 und die dort citirten Entscheidungen, XXXV Nr. 167, 168, aus der Litteratur einerseits Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis, andererseits v. Knieriem, Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises.

Nr. 9. 6. Dem Vertrage, beziehungsweise der Usance am Erfüllungsort überläßt endlich § 380 Abs. 2 zwei weitere Fragen:

a) Ob und wieviel als **Gutgewicht** zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist. Gutgewicht ist ein dem Käufer zu Gute kommender, d. h. von ihm nicht zu bezahlender Bruchtheil des Waarenquantums. Der Zweck kann ein verschiedener sein, vornehmlich wird es dem Detaillisten als Aequivalent dienen für Schaden durch Eintrocknen der Waare oder zur Ausgleichung dafür, daß er beim Abwägen der Waare gegenüber dem Publikum nicht zu streng verfahren darf und dadurch etwas einbüßen wird (den sogen. Ausschlag vgl. v. Hahn zu Art. 352 Anm. 3). Die Berechnung kann entweder so geschehen, daß der Käufer außer dem gekauften Quantum etwas zuerhält oder daß er nicht das volle gekaufte Quantum, sondern etwas weniger zu zahlen hat (Beispiel bei Riesenfeld Nr. 624);

Nr. 10. b) Ob und wieviel als **Refaktie** gefordert werden kann, d. h. welchen Abzug (réfaction) vom Preise der Käufer begehren kann, weil die Waare ihrer gewöhnlichen Beschaffenheit nach viel Unreinlichkeit oder andere Bestandtheile (Steinchen) mit sich führt, z. B. bei Kaffee, Indigo, Wolle, Baumwolle (R.O.H.G. VII S. 8, vgl. v. Hahn zu Art. 352 § 3, Cosack S. 187). Die Berechnung der Refaktie geschieht entweder nach dem wirklichen Gewicht der abgehenden Bestandtheile oder nach Usoprozenten.

Hier handelt es sich nicht um einen Mangel der Waare, sondern um eine gewöhnliche Eigenschaft derselben; darum kann keine Rede davon sein, daß der Käufer wegen zur Refaktie berechtigender Eigenschaften zur Rüge nach § 377 verpflichtet ist. Steht dem Käufer kein Anspruch auf Refaktie zu, so würde ihm solche Rüge auch nichts nützen, da der Verkäufer für die Unreinlichkeit nicht aufkommt.

Anders, wenn die Waare über das gewöhnliche Maß hinaus unrein oder mit fremden Bestandtheilen durchsetzt ist, dann liegt Qualitätsmangel vor.

Nr. 11. c) **Diskont** darf der früher zahlende Käufer nur abziehen, wenn ihm Vertrag oder Handelsgebrauch (vgl. solchen bei Dove-Apt I S. 112) dies gestattet (B.G.B.

---

der Verpackung trägt der Käufer (R.O.H.G. IX S. 208), die Gefahr der Rücksendung im Zweifel der Verkäufer (vgl. R.O.H.G. I S. 269, anders Busch XXXI S. 45), es ist anzunehmen, daß die Verpackung nicht dem Käufer „geliehen", sondern im Interesse des Verkäufers überschickt ist (anders z. Th. Riesenfeld, Bresl. Handelsgebr. Anm. 232. Entgegenstehende Handelsgebräuche bei Riesenfeld Nr. 542a, Dove-Apt S. 141). — Die Verpackung kann natürlich auch vom Käufer selbständig gekauft sein, sei es, daß die Beredung von Anfang an darauf ging, sei es, daß der Käufer die in der Faktura gemachte Offerte durch Behalten der Verpackung stillschweigend genehmigt (vgl. solche Fälle in Busch XXIII S. 337, R.O.H.G. I S. 127, VI S. 167, Dove-Apt S. 140 ff.). Desgleichen kann für Benutzung der Emballage durch den Käufer (z. B. der Säcke, der Fässer) eine Vergütung vereinbart oder handelsgebräuchlich sein (R.O.H.G. XIX S. 303, Bolze XVII Nr. 468, XVIII Nr. 435, 447, XXI Nr. 494, XX Nr. 506, Riesenfeld Nr. 551, 588 ff., Dove-Apt S. 145, 148).

Digitized by Google

§ 272); daß dies der Fall ist, hat er zu beweisen. Ueber die Folgen, wenn der Käufer nachträglich nicht pünktlich zahlt, Bolze XIII Nr. 272, Busch X S. 363. — Etwas anders als der wahre Diskont (Kassaskonto, Zahlungsskonto) ist ein als Rabatt („Waarenskonto") bezeichneter, von der Zahlfrist und dem Verzuge unabhängiger Abzug vom Preise (R.O.H.G. XII Nr. 25, z. B. wegen der besonderen Beziehungen zwischen beiden Theilen) im Gegensatz zur Vereinbarung „rein netto" oder „netto Kassa". Für den Fall des Verzuges zahlt dann der Käufer besondere Verzugszinsen. Vgl. z. B. Riesenfeld Nr. 399, 409, 413, 415 ꝛc. Vgl. Busch IX S. 356, X S. 364, Dove-Apt I S. 113 f., 92. — Nicht selten finden sich Waaren- und Kassaskonto in Verbindung mit einander, z. B. es ist bedungen: Zahlung: „30 Tage 4% Skonto, sonst 2% Skonto". Dann gilt, wenn das Zahlungsziel von 30 Tagen nicht innegehalten wird, daß der Käufer nur noch 2% Skonto verlangen kann. Die 4% Skonto enthalten also 2% Kassa- und 2% Waarenskonto. Vgl. Dove-Apt I S. 115 f., Riesenfeld Nr. 260, 393 ff.

7. Das ältere Recht enthielt die entsprechenden Sätze in Art. 352, 353, 334 Abs. 2. Nr. 12.

§ 381.

Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waaren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Werthpapieren.

Sie finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

Entw. I § 353, II § 373; Denkschr. I S. 227, II S. 3250.

I. **Absatz 1.** Ueber den Begriff der Werthpapiere oben bei § 1 Nr. 49. Nr. 1.

Zur Anwendung kommen die sämmtlichen Vorschriften des zweiten Abschnittes, soweit sie nicht der Natur der Sache nur auf Waaren zugeschnitten sind wie § 380 (über das Gewicht der Verpackung). Demnach kommt zur Anwendung:

1. § 373 Abs. 1. Die Hinterlegung der Werthpapiere auf Gefahr und Kosten des Käufers wird natürlich nicht in einem öffentlichen Lagerhause, sondern bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle oder bei einem Bankier erfolgen.

Abs. 2. Ein Werthpapier kann einen Börsenpreis haben, trotzdem es zum Börsenhandel nicht zugelassen ist; denn der Begriff des Börsenpreises ist, wie oben § 380 Nr. 4 ausgeführt ist, unabhängig davon, ob offizielle Einrichtungen für die Preisnotirung bestehen. Demgemäß kann der freihändige Selbsthülfeverkauf durch Kursmäkler (Zwangsregulirung) auch bei nicht zum Börsenhandel zugelassenen Werthpapieren erfolgen. Nicht steht Reichsbörsengesetz § 41 entgegen. Denn weder handelt es sich um Benutzung von Börseneinrichtungen noch um Vermittelung von Geschäften durch Kursmäkler beim Selbsthülfeverkauf (zustimmend Kahn zu B.G. § 41 Anm. 3, § 34 Anm. 3).

Dem Verderb ausgesetzt wird ein Werthpapier dann sein, wenn seine starke Entwerthung in unmittelbarer Aussicht steht, z. B. bei Wechseln deren Präjudizirung, bei Zins- und Gewinnantheilscheinen der Ablauf der gesetzlichen Vorlegungsfrist (B.G.B. § 801) u. s. w.

2. § 374. Nr. 2.
3. § 375 (wird selten vorkommen).
4. § 376.
5. § 377.
6. § 378.

Hinsichtlich der §§ 377, 378 kann sich bei Werthpapieren die Frage erheben, ob ein Qualitätsmangel oder ein aliud vorliegt. Das R.O.H.G. XX S. 418 hat angenommen, daß ausländische Inhaberpapiere mit Prämien, die nach dem Reichsgesetz vom 8. Juni 1871 gestempelt sein müssen, falls sie mit gefälschten Stempeln geliefert sind, als aliud gelten. Das R.G. (I S. 292) nahm das Gleiche bei ausgelooften Prämienscheinen an, wenn das Geschäft über Prämienantheilscheine lautete; das R.O.H.G. XIV S. 370, wenn Aktien anderer Art geliefert werden (denen das vorausgesetzte Bezugsrecht fehlte). Bezüglich ausgelooster (und gekündigter) Effekten vgl. auch R.O.H.G. XX S. 387 ff. — Das R.G. IV S. 195 ff. nahm ein aliud an, wenn Werthpapiere durch körperliche Beschädigung die Eigenschaft der Lieferbarkeit nach der maßgebenden Börsenusance einbüßten.[1]) Vgl. ferner Bolze XI Nr. 393: 100 Gulden

[1]) Vgl. dazu Hanausek II S. 368 ff.

Digitized by Google

Rente statt 1000 Gulden Rente. In solchen Fällen wird der Verkäufer auch die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten müssen. — Fehlten den gelieferten Werthpapieren mitzuliefernde Dividendenscheine, so ist jedenfalls weniger geliefert als geliefert werden sollte. Hier kann möglicherweise § 378 zur Anwendung gelangen (vgl. R.O.H.G. I S. 168).[1])

Nichts mit den §§ 377, 378 hat es zu thun, wenn zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgebotene oder für kraftlos erklärte Papiere geliefert werden. Hier liegt ein Mangel im Recht vor, den der Verkäufer nach B.G.B. § 437 Abs. 2 zu vertreten hat. Ebensowenig der Fall, daß ein im Auslande zahlbares Werthpapier geliefert wird, das gestohlen war und in Folge dessen nach dem maßgebenden ausländischen Recht der Opposition des früheren Eigenthümers unterliegt (R.G.E. XXX S. 155 ff.).

7. § 379.

Nr. 3. II. **Absatz 2.** Nach B.G.B. § 651 wird der Werklieferungsvertrag, wenn es sich um vertretbare bewegliche Sachen handelt, schlechthin als Kauf behandelt. Für diesen Fall finden somit ohne Weiteres die Grundsätze des zweiten Abschnittes Anwendung.

Handelt es sich um die Herstellung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, so gelten zwar im Allgemeinen die Grundsätze über den Kauf,[2]) aber sie werden durch zahlreiche Vorschriften über den Werkvertrag modifizirt. Indem Abs. 2 die Vorschriften des zweiten Abschnittes auf diesen Fall[3]) Anwendung finden läßt, ergiebt sich folgendes Bild:

Nr. 4. 1. §§ 373, 374. Der Begriff des Annahmeverzuges des Käufers wird insofern modifizirt, als der Besteller nach B.G.B. § 640 verpflichtet ist, das vertragsmäßige Werk abzunehmen und darauf verklagt werden kann. Unter Abnahme ist hier nicht bloß die faktische Empfangnahme, wie beim Kauf, sondern die Annahme der als Erfüllung angebotenen Leistung als Erfüllung im Sinne von B.G.B. § 363 (Planck zu § 640) zu verstehen. Demnach würde der Besteller auch dann in Annahmeverzug (möglicherweise sogar in Leistungsverzug) gerathen, wenn er zwar das Werk in Empfang genommen, aber dabei die Anerkennung der Annahme als Erfüllung verweigert hat. Dies darf nicht dahin verstanden werden, daß er vorbehaltslos annehmen muß. Es genügt, daß er überhaupt als Erfüllung annimmt, auch wenn er sich Rechte wegen Mängel des Werkes vorbehält. Verweigert er dagegen Annahme als Erfüllung, so geräth er trotz der faktischen Empfangnahme in Annahmeverzug.

Die eigenthümlichen civilrechtlichen Folgen des Annahmezuges, die das B.G.B. §§ 642—645 aufstellt, gelten auch für den Fall, daß es sich um ein Handelsgeschäft handelt.

Nr. 5. 2. § 375. Hier konkurrirt zugleich B.G.B. §§ 642, 643. Letztere Bestimmungen setzen ein verschuldetes Unterlassen des Bestellers nicht voraus, da sie von Verzug der Annahme handeln. Der Unternehmer hat die Wahl zwischen B.G.B. §§ 642, 643 und H.G.B. § 375.

Nr. 6. 3. § 376. Handelt es sich um einen gewöhnlichen Werklieferungsvertrag, so kann gemäß B.G.B. § 636 der Besteller bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes dem Unternehmer eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er die Abnahme des Werkes nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann er von dem Vertrage zurücktreten oder Herabsetzung des Aequivalents verlangen; der Anspruch auf Herstellung des Werkes ist ausgeschlossen. Zeigt sich schon vor dem Ablieferungstermin, daß das Werk nicht rechtzeitig hergestellt werden wird, so kann er die Frist sofort bestimmen, muß sie dann aber so bemessen, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. — Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die rechtzeitige Herstellung unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Rücktritt oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. Der

[1]) Hanausek II S. 372 Anm. 10 sieht darin einen Qualitätsmangel, der § 377 untersteht. Fehlten ihnen Talons, so liegt Qualitätsmangel vor. Vgl. ferner Bolze XI Nr. 411 (Ausländische Effekten, die außer Kurs gesetzt sind, Qualitätsmangel, wenn sie deswegen an deutschen Börsen nicht lieferbar sind, wohl aber an ausländischen Börsen lieferbar sind).

[2]) Im Gegensatz zum Preuß. Landr., das die Grundsätze vom Werkverdingungsvertrage anwandte, R.O.H.G. II S. 291, VI S. 31, XXIII S. 88, R.G.E. XXV S. 91.

[3]) In Uebereinstimmung mit dem früheren gem. Recht. Vgl. R.O.H.G. IX S. 221, XI S. 63, XXI S. 313, R.G.E. I S. 57.

Digitized by Google

Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn die nicht rechtzeitige Herstellung die Interessen des Bestellers nur unerheblich beeinträchtigt. — Ueber die Gefahrstragung B.G.B. §§ 644—646, das Kündigungsrecht des Bestellers B.G.B. §§ 649, 650. Ist der Unternehmer in Verzug, so bleiben dem Besteller außerdem die allgemeinen Rechtsbehelfe.

Handelt es sich um ein Fixgeschäft, so gilt § 376.

4. § 377. Ueber den Umfang der Haftung des Unternehmers für Mängel normirt B.G.B. § 633 Abs. 1. Ueber die Folgen mangelhafter Lieferung B.G.B. § 633 Abs. 2, 3, 634, 635, 637, 638, 639, 640. Die Verjährung des Anspruches beginnt nach B.G.B. § 638 hier nicht von der Ablieferung ab (B.G.B. § 477 Abs. 1), sondern von der wirklichen Abnahme (im oben erörterten Sinne), die Untersuchung der Mängel hat dagegen nach § 377 sofort nach der Ablieferung zu geschehen. Nr. 7. Nr. 8.

5. §§ 378—380. Hier ist nichts Besonderes zu bemerken. Nr. 9.

III. Daß die Bestimmungen des zweiten Abschnittes sich auf den eigentlichen Werkvertrag nicht beziehen, darüber oben §§ 373 Nr. 2, 377 Nr. 5, 379 Nr. 1. Als eigentlicher Werkvertrag gilt nach B.G.B. § 651 Abs. 2 der Vertrag über Herstellung eines Werkes auch dann, wenn der Unternehmer sich zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet hat. Ferner gilt als Werkvertrag der Vertrag über Herstellung eines Bauwerkes, das Bestandtheil eines Grundstückes des Bestellers werden soll. Ist umgekehrt der Besteller zur Beschaffung von Zuthaten verpflichtet, so wird am Wesen des Kaufvertrages nichts geändert. Hat jeder einen Theil des Stoffes zu liefern, so liegt ein Werkvertrag vor.

IV. Aelteres Recht. Die Bestimmung des § 381 Abs. 1 entspricht dem älteren Recht, obwohl das alte H.G.B. sie nicht ausdrücklich enthielt. Nr. 10.

Dagegen enthielt das ältere H.G.B. die Bestimmung des zweiten Absatzes nicht. Vielmehr hatte das Landesrecht zu entscheiden, ob ein Lieferungsgeschäft über nicht vertretbare Sachen Kauf war. Je nach dessen Standpunkt war dann das Handels- oder bürgerliche Recht anzuwenden (vgl. R.O.H.G. II S. 289, VI S. 32). Dabei hat es hinsichtlich des vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Geschäfte auch sein Bewenden.

§ 382.

Die Vorschriften der §§ 481 bis 492 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung bei Viehmängeln werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt.

Entw. I § 354, II § 374; Denkschr. I S. 229, II S. 3250.

Auch auf den Viehkauf finden die Vorschriften des zweiten Abschnittes Anwendung. Eine Ausnahme wird nur insoweit gemacht, als die §§ 481—492 des B.G.B. ein Anderes bestimmen. Da nun diese §§ nur besondere Sätze hinsichtlich der Haftung des Käufers für Qualitätsmängel aufstellen, so greift die in § 382 gemachte Ausnahme nur für die Thatbestände des § 377 Platz. Demnach cessirt die in § 377 auferlegte Untersuchungs- und Rügepflicht beim Viehkauf. Der Käufer behält seine durch das bürgerliche Gesetzbuch statuirten Rechte wegen Qualitätsmängel, auch wenn er nicht sofort untersucht und rügt. Und umgekehrt er verliert seine Rechte, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der gesetzlichen Gewährfrist, oder, falls das Thier vor dem Ablaufe der Frist getödtet worden oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Thieres den Mangel dem Käufer anzeigt. Vgl. im Einzelnen B.G.B. § 485 und Vo., betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel, vom 27. März 1899.

Jenseits der Thatbestände des § 377 bleibt es bei den Vorschriften des zweiten Abschnittes. Daraus folgt, daß auch bei Viehkauf eine Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers bei Lieferung eines aliud oder einer größeren oder geringeren Menge von Waaren (§ 378) anerkannt ist, es sei denn, daß die gelieferte Waare offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Denn mit diesen Fällen befassen sich die §§ 481—492 des B.G.B. gar nicht.

Das ältere Recht unterwarf den Viehhandel nach der Ansicht des R.O.H.G. (XXV S. 232), die freilich nicht unbestritten war, den Bestimmungen über den Handelskauf, auch dem Art. 347, ließ jedoch die kürzeren Fristen, die das Landesrecht für die Geltendmachung von Mängeln aufstellte, unberührt (Art. 349 Abs. 4).

Digitized by Google

Anhang zum zweiten Abschnitt.

Nicht übernommene Bestimmungen des A. D. H.G.B.

Das alte H.G.B. enthielt in dem Titel über den Kauf noch einige weitere Bestimmungen.

Sie betrafen: 1. das unverbindliche Anerbieten zum Verkauf (Einladung zu Offerten) Art. 337;
2. den Kauf auf Probe, nach Probe, zur Probe Art. 339—341;
3. den Erfüllungsort für beide Theile und die Erfüllungszeit für den Käufer Art. 342;
4. Verpflichtungen des Verkäufers hinsichtlich Uebersendung der Waare Art. 344;
5. den Uebergang der Gefahr Art. 345;
6. die Verpflichtung des Käufers zur Empfangnahme der Waare Art. 346.

Diese sind durch die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts ersetzt. Doch sollen sie der Vollständigkeit halber mitbehandelt werden.

I. Unverbindliche Einladungen zu Offerten.

Nr. 1. Art. 337 erklärte, das Anerbieten zum Verkauf, das erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschehe, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet sei, sei kein verbindlicher Antrag zum Kauf.

Diese Vorschrift wurde, weil sie nur eine Anwendung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts darstellte, fortgelassen (Denkschr. II S. 3250). Im B.G.B. selbst findet sich freilich ein entsprechender Satz nicht. Vielmehr ist der Begriff des „Antrages", den B.G.B. § 145 zu Grunde legt, durch Wissenschaft und Praxis selbständig zu entwickeln und dabei wird das Resultat ein dem alten Art. 337 entsprechendes sein. Zum Begriff des Antrages gehört, wie Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I § 58 richtig ausführt, daß aus der Erklärung des Antragstellers zu entnehmen ist, daß durch die zustimmende Erklärung der Gegenpartei der Vertrag abgeschlossen sein soll. Wo dagegen die Erklärung nur darauf abzielt, daß die Gegenpartei ihrerseits einen Antrag stellen soll, liegt eine bloße Einladung vor.

Nr. 2. Solche bloße Einladung wird gewöhnlich vorliegen, wenn das Anerbieten zum Verkauf, beziehungsweise Kauf entweder an das große Publikum oder an mehrere einzelne Personen durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, wenngleich nicht die Möglichkeit einer direkten Offerte an das Publikum ausgeschlossen ist. Vgl. die freilich nicht einwandsfreie Dissertation von W. Zschimmer, Die Offerte an das Publikum 1897, ferner v. Hahn zu Art. 337 §§ 6 ff. Bezüglich des Automaten Neumond im Archiv f. civ. Praxis Bd. 89.

Stets wird solche bloße Einladung zu Offerten vorliegen, wenn die Waare, der Preis oder die Menge nicht genügend „bestimmt", bezeichnet ist, denn hier fehlt es an einem essentiellen Bestandtheil des Kaufvertrages. Doch ist hier daran festzuhalten, daß es genügt, wenn nach der Sachlage die Bestimmbarkeit von Waare, Preis und Menge gegeben ist, wobei auf die Verkehrssitte, bei Verträgen unter Kaufleuten auch auf den Handelsgebrauch Rücksicht zu nehmen ist.

α) Bezüglich des Preises vgl. das Nähere bei § 380 Nr. 1—8.

Nr. 3. *β*) Bezüglich der Waare ist auf das vorausgehende Verhalten der Parteien, auf ihre Geschäftsverbindung und dgl. Rücksicht zu nehmen, aus denen die Bestimmbarkeit, insbesondere die Qualität sich bei noch so allgemeiner Bezeichnung der Waare ergeben kann (vgl. v. Hahn zu Art. 337 § 3). So könnte die allgemeine Bezeichnung „100 Flaschen Wein" nach Lage der Dinge genügen, weil die Parteien damit stets Rothwein von einer bestimmten Marke gemeint haben (vgl. Busch XXII S. 377 ff.).

Nr. 4. *γ*) Bezüglich der Menge sind die gebrauchten Ausdrücke mit Rücksicht auf den Handelsgebrauch, beziehungsweise die Verkehrssitte auszulegen. So ist der Zusatz „etwa", „ungefähr", „circa" dahin auszulegen, daß nach dem Willen der Vertragsschließenden die in Zahlen ausgedrückte Menge (beziehungsweise der Preis) nicht in bedeutendem Maß überschritten wird (R.O.H.G. I Nr. 14, 40, VIII Nr. 51, IX Nr. 38 S. 129, vgl. auch Busch XVII S. 115, XIX S. 292), bei Gewichtsangaben soll der Zusatz „circa" die Gleichgültigkeit eines unbedeutenden Mehr oder Minder

Digitized by Google

ausdrücken (R.O.H.G. XV S. 334. Vgl. über die Bedeutung der „Circa" Klausel z. B. Dove-Apt S. 228). Auch die zumal bei Bierabnahmeverträgen vorkommende Abhängigmachung der Quantität vom Bedürfnisse der Wirthschaft des Bestellers enthält eine genügende Bestimmung der Menge (R.O.H.G. XIV S. 292, XI S. 2, vgl. Bolze VI Nr. 552, VIII Nr. 317). Die Angabe „mehrere Hundert Dutzend" würde freilich nicht genügen (R.O.H.G. XI S. 1), noch weniger die allgemeine Angabe, man stehe mit Waaren gewisser Qualität „zu Diensten", ohne daß die Menge angegeben wird (Busch XVII S. 116).

II. **Kauf nach Probe.**

Zwar nicht den Worten, aber dem Inhalt nach stimmt mit Art. 340 des A. D. H.G.B. überein B.G.B. § 494:

Bei einem Kaufe nach Probe oder Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen.

Die Begriffsbestimmung läßt ebenfalls erkennen, daß es sich beim Kauf nach Probe um einen Kauf handelt, dessen Eigenthümlichkeit nur in der Zusicherung gewisser Eigenschaften besteht. Zugesichert sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters. Nr. 5.

a) Es handelt sich um einen mit Rücksicht auf die Probemäßigkeit unbedingten Kauf. Ist der Kauf von der Bedingung abhängig, daß die Waare der Probe entspreche, so liegt kein eigentlicher Kauf nach Probe vor (R.O.H.G. II S. 420). Selbstverständlich ist, daß der Kauf nach Probe von sonstigen Bedingungen abhängig sein, es unbedingte und bedingte Käufe nach Probe geben kann.

b) Dieser Kauf enthält Zusicherungen bestimmter Eigenschaften, es ist ein Kauf mit zugesicherten Eigenschaften, für die der Verkäufer in Gemäßheit von B.G.B. § 459 Abs. 2 haftet. Die Zusicherung kann mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludente Handlungen erfolgen. In dem bloßen Vorlegen einer Probe oder eines Musters wäre solche konkludente Handlung nicht zu erblicken, sie geschieht möglicherweise bloß zur allgemeinen Orientirung, zur Erforschung des Geschmacks des Käufers, ohne die Uebernahme einer Garantie dieser Eigenschaften (Busch VIII S. 154, XXXIX S. 213, R.O.H.G. II S. 418 ff., XVI S. 318). Insbesondere wird dies dann der Fall sein, wenn die vorgelegte Probe überhaupt nur geeignet ist, ein ganz allgemeines Bild zu geben (z. B. Most mit Bezug auf Wein R.O.H.G. XX S. 329). Wird die Probe dem Käufer überliefert, so wird freilich eine Vermuthung für den Kauf nach Probe erweckt, doch könnten die Umstände auch hier gegen solchen sprechen, z. B. die Art der nachträglichen Buchung (R.O.H.G. XV Nr. 52). Umgekehrt braucht eine Probe nicht gerade vorgelegt oder ausgehändigt zu werden (so unrichtig Seuffert XXV Nr. 21), es kann Bezug genommen werden auf frühere Käufe. So kann der Käufer, nachdem er einen kleinen Posten „zur Probe" gekauft hat, nachher unter Bezugnahme auf diesen Posten eine größere Partie kaufen (R.G.E. XI S. 39), dann folgt dem gewöhnlichen Kauf (zur Probe) ein Kauf nach Probe. Oder der Käufer nimmt durch die Klausel „wie gehabt" auf frühere Käufe Bezug (Hanausek, Haftung I S. 78, bedenklich R.O.H.G. XIII S. 214). Auch auf Anderen vom Verkäufer oder von einem Drittten gelieferte Waaren kann Bezug genommen werden, der Verkäufer sichert zu, daß die verkaufte Waare die gleichen Eigenschaften besitzt. — Gleichgültig ist auch, welche der beiden Parteien die Probe beschafft hat. Nr. 6.

c) Die Zusicherung besteht jedenfalls darin, daß die Waare probemäßig ist. Thatfrage ist, ob die „Probemäßigkeit" ausdrücken soll völlige Uebereinstimmung der Waare mit der Probe bis in die kleinste Einzelheit (einschließlich der Mängel der Probe), oder ob damit nur Uebereinstimmung im Großen unter Zulässigkeit unerheblicher, die Marktfähigkeit nicht beeinträchtigender (R.G.E. XXIX S. 88) Abweichungen gemeint ist. Das Letztere wird vielfach im Großhandel, wenn es sich um Gattungskauf handelt, der Fall sein, insbesondere wird der Richter beim Verkehr unter Kaufleuten auf diesfallsige Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen haben (vgl. R.G.E. XX Nr. 6: Velvethandel, R.O.H.G. XIX S. 189: Spielwaarenhandel, vgl. ferner Bolze IV Nr. 720, 721, XV Nr. 362). Im Zweifel wird auch anzunehmen sein, daß heimliche (nicht offenbare Bolze XIII Nr. 433) Mängel der Probe nicht der Waare anhaften sollen, der Verkäufer also Freiheit von allen Fehlern, ohne die die Probe sich darstellte, garantirt (R.G.E. XX S. 39, XXVII S. 20). Darum wird dem Verkäufer die Berufung darauf, daß die Kaufprobe wirklich von der gelieferten Waare genommen sei, nichts nützen, der Käufer wollte eben Waare nach Art der Probe, nicht bloß die Waare, von der die Probe thatsächlich herstammt (Bolze V Nr. 653). Doch wird dem sach- Nr. 7.

Digitized by Google

verständigen Kontrahenten dann, wenn solche Mängel an der in Rede stehenden Waare häufig vorkommen, die Pflicht aufzuerlegen sein, das Nichtvorhandensein des Mangels ausdrücklich auszubedingen. Thut er dies nicht, so wird der Verkäufer annehmen dürfen, daß der Käufer auf solche Mängel nicht die Zusicherung erstreckt sehen will (R.G.E. XX S. 39). Legt der Verkäufer arglistig eine Probe vor, die heimliche Mängel enthält, um daraufhin fehlerhafte Waare zu liefern, so wird er sich nicht einmal auf eine Vertragsklausel des Inhalts, daß die Waare nur so ausfallen werde, wie die Probe sei („garantirt nur nach Muster") berufen können (Bolze X Nr. 462, XI Nr. 387).

Nr. 8. d) Der Verkäufer kann natürlich noch weitere Zusicherungen übernehmen. Dann liegt ein Kauf nach Probe vor, bei dem der Verkäufer bestimmte, außerhalb der Probe liegende Eigenschaften zusichert. (Vgl. z. B. R.O.H.G. VIII S. 250: „die zu liefernde Waare soll zu einem bestimmten Zweck tauglich sein", XIV S. 290, XXII S. 248, R.G.E. XXVII S. 20, Bolze X Nr. 470, VII Nr. 583, ferner Z. XXIII S. 559, 560.)

e) Bezüglich der **Beweislast**:

Nr. 9. α) Ob Kauf nach Probe vorliege, herrscht Einigkeit darüber, daß, wenn es sich um den Kauf einer Spezies handelt, Denjenigen die Beweislast trifft, der ein Recht aus dem Kauf nach Probe ableitet (R.O.H.G. II S. 420). Dagegen war die Praxis des R.O.H.G. für den wichtigeren Fall des Gattungskaufes zu einem anderen Resultat gelangt. Sie nahm in der Behauptung des Beklagten, es läge Kauf nach Probe vor, gegenüber der Behauptung des Klägers, es sei allgemein die Gattung verkauft worden, ein Leugnen des Klagegrundes an, der durch die zugesicherte Probemäßigkeit des Genus nur enger begrenzt werde (vgl. R.O.H.G. XV S. 56). Indessen trifft dies beim Gattungskauf nicht stets zu. Es kann die Waare auf Grund der Probe sich als ein anderes Genus darstellen, als das vom Kläger behauptete, z. B. Kläger behauptet deutschen Schaumwein verkauft, Beklagter französischen Schaumwein gekauft zu haben. Es kann aber auch dasselbe Genus mit besonderen Eigenschaften vorliegen (vgl. die einschlägigen Erörterungen bei § 378 Nr. 5). Letzterenfalls träfe den Beklagten, der sich auf Kauf nach Probe beruft, der Beweis (vgl. die treffenden Bemerkungen von Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 7).

Nr. 10. β) Der Beweis, daß die Waare probemäßig ist, trifft in erster Linie den Verkäufer, da dieser gegenüber der exceptio non rite adimpleti contractus zu beweisen hat, daß er erfüllt hat (B.G.B. § 320, Busch XXII S. 487, R.O.H.G. II S. 181, VI S. 327, XI S. 367, Adler-Clemens Nr. 218, 1607). Dies gilt nicht bloß dann, wenn Verkäufer auf Zahlung, sondern auch dann, wenn Käufer unter Zurückweisung der Waare auf Rückzahlung des Kaufpreises oder auf Schadensersatz klagt (R.O.H.G. II S. 181, VI S. 327, VIII S. 223, XI S. 367, Bolze XIX Nr. 557). Hat der Käufer die Waare als Erfüllung angenommen, so dreht sich die Beweislast um (B.G.B. § 363).

Nr. 11. γ) Zum Beweise, daß nach Probe gekauft, wie daß die Waare probemäßig oder probewidrig ist, wird meist die Vorlegung der Probe unerläßlich sein. Soweit dies der Fall ist, hat der beweispflichtige Theil gegen den Gegner, der die Probe behufs Aufbewahrung erhalten oder behalten hat, ein Recht auf Vorlegung der Probe. Verweigert der andere Theil die Vorlegung oder ist sie ihm durch seine Schuld unmöglich geworden, so trifft ihn die Beweislast, die gegnerische Behauptung gilt ihm gegenüber als wahr, falls ihm nicht der Beweis der Unrichtigkeit gelingt (Seuffert XXIII Nr. 270, XXXIX Nr. 206, Adler-Clemens Nr. 166, R.G.E. XX S. 5, R.O.H.G. IX S. 27, XXIII S. 308, vgl. oben S. 8 Nr. 23).[1]) — Ist dagegen die Probe ohne Schuld eines Theiles untergegangen — z. B. wenn Verkäufer mit Einwilligung des Käufers die Probe einem Dritten aushändigt, bei dem sie untergeht (Bolze XIX Nr. 536) — so hat den Schaden der zu tragen, der beweispflichtig ist, er wird beweisfällig (vgl. hierzu Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 10). — Erhellt die Beschaffenheit der Probe auch ohne deren Vorlegung, z. B. durch Einräumung der betreffenden Partei, so schadet es der Partei, der die Aufbewahrung der Probe oblag, nicht, daß sie deren Untergang verschuldete (O.L.G. Hamburg in H. G.Z. VIII Nr. 19).

---

[1]) Mitunter behält der Theil, der dem anderen die Probe zur Aufbewahrung übergeben hat, eine sogenannte Kontreprobe, insbesondere der Verkäufer (Z. XXIII S. 561, 562). Eine gesetzliche Bestimmung der Verpflichtung zur Aufbewahrung einer solchen besteht aber nicht und ebensowenig ein Editionsanspruch.

Digitized by Google

δ) Danach wird die Frage, wem der Beweis der Identität der Probe obliegt, falls diese bestritten wird, sich generell nicht beantworten lassen. Klagt der Verkäufer aus einem Kauf nach Probe und bestreitet Beklagter die Identität der vom Kläger oder einem Dritten vorgelegten Probe — so liegt dem Verkäufer der Beweis ob (a. A. Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 11). Das Gleiche wird zu gelten haben, wenn der aus Kauf nach Probe klagende Verkäufer die Identität der vom Beklagten vorgelegten Probe, z. B. wegen durch Irrthum oder Betrug entstandener Verwechselung des Käufers, bestreitet. Solchen Fall hat R.O.H.G. VI S. 339 im Auge, ebenso XII S. 9, anders wieder R.O.H.G. XX S. 63; ebenso hat, wenn der wegen Probewidrigkeit auf Rückzahlung des Kaufpreises verklagte Verkäufer die Identität der vom klagenden Käufer vorgelegten Probe bestreitet, der Beklagte die Beweislast, R.O.H.G. XVIII S. 206. Nr. 12.

Klagt der Verkäufer dagegen aus einem gewöhnlichen Kauf, insbesondere aus einem gewöhnlichen Gattungskauf, während Beklagter Kauf nach Probe behauptet, so wird der Beweis — falls in der Behauptung des Beklagten nur eine exceptio, nicht eine negative Litiskontestatio liegt — diesem obliegen.

III. **Kauf auf Besicht oder auf Probe.** Nr. 13.

Hierüber enthielt Art. 339 des A. D. H.G.B. weitere Bestimmungen. Diese sind durch die inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmenden §§ 495, 496 des B.G.B. überflüssig geworden.

§ 495. Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

§ 496. Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.

Danach ist, wie in Art. 339 des A. D. H.G.B., der Kauf auf Probe ein bedingter Kauf und zwar im Zweifel ein suspensiv bedingter Kauf.[1]) Die Suspensivbedingung besteht darin, daß der Käufer innerhalb bestimmter Frist seine Billigung erklärt (Planck zu § 495 Nr. 2). Der Käufer ist völlig frei darin, ob er billigen will. Ist der Käufer irgendwie gebunden, z. B. ist er verpflichtet zu billigen, falls die Waare gewissen objektiven Erfordernissen entspricht, oder falls sie den Kunden des Käufers gefällt, oder falls sie einer gewissenhaften Prüfung Stand hält, oder falls der Käufer sie nirgend anderswo billiger erhalte (Adler-Clemens Nr. 1240 nimmt für diesen

[1]) Wann Kauf auf Probe vorliegt, ist nicht immer leicht zu entscheiden, bei Verkehr unter Kaufleuten sind auch Handelsgebräuche für die Auslegung zu berücksichtigen. Die Worte „auf Probe", „zur Probe" darf man nicht zu sehr pressen; häufig wird bei Kauf „zur Probe" Kauf „auf Probe" gemeint sein (v. Hahn II S. 260 Anm. 1, R.O.H.G. II S. 188). Das Hauptgewicht wird immer darauf liegen, ob dem Käufer freisteht, die Waare zu behalten oder zurückzugeben. Dies liegt auch dann vor, wenn ihm gestattet wird, „nicht Passendes umzutauschen" (Busch XXIII S. 334, Dernburg b. R. II § 193), doch kann dann auch ein Nebenvertrag des Inhaltes vorliegen, daß der Käufer sich verpflichtet, Waaren gewisser Art und desselben Preises vom Verkäufer einzukaufen (vgl. Busch XI S. 6 ff., Staub, Exkurs zu § 382 Anm. 16). Schickt der Verkäufer auf Bestellung eine Auswahlsendung, so ist es Thatfrage, ob hier überhaupt ein Kauf geschlossen werden soll. Meist wird der Kaufgegenstand nicht genügend bestimmt sein (O.L.G. Karlsruhe in Z. XXXVIII S. 198, Striethorst XLV Nr. 61, anders O.L.G. Zweibrücken ebenda S. 199). Ueber „Mustersendungen" Riesenfeld Nr. 234 -238.

Digitized by Google

Fall Kauf auf Probe an), so liegt kein Kauf auf Probe vor (v. Hahn zu Art. 339 § 4, R.O.H.G. XIV Nr. 68). Kein Kauf auf Probe ist deshalb das buchhändlerische Konditionsgeschäft (vgl. Klostermann in Endemanns Hdb. III S. 741, ferner Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Anm. 123). — Aber der Käufer muß seine Billigung innerhalb der gesetzlichen Frist erklären, sonst gilt er als nicht billigend. Weil die Billigungserklärung innerhalb einer bestimmten Frist abzugeben ist, liegt nicht eine reine Potestativbedingung vor. Der Kauf auf Probe ist ein wahrer Kauf (vgl. auch R.G.E. XXXIV S. 305), nicht eine bloße Offerte des Verkäufers, noch ein pactum de vendendo.

Nr. 14. Die Bedingung ist im Zweifel eine Suspensivbedingung (auch dann, wenn die Waare bereits übergeben ist, Oertmann zu § 495 Nr. 3), darum geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Kaufgegenstandes nicht mit der Uebergabe der verkauften Sache, sondern mit dem Eintritt der Bedingung auf den Käufer über (vgl. aber B.G.B. § 159). Die Parteien können aber auch den Kauf zu einem resolutiv bedingten gestalten des Inhalts, daß, falls der Käufer innerhalb einer bestimmten Frist seine Nichtgenehmigung erklärt, der Kauf als nicht geschlossen betrachtet werden solle. Solche Hinstellung einer Resolutivbedingung kann mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludente Handlungen geschehen. So würde in der sofortigen Zahlung des Kaufpreises eine konkludente Handlung zu erblicken sein (v. Hahn zu Art. 339 § 5), ebenso darin, daß die Waare überhaupt nicht lediglich behufs Besichts übergeben wird (Busch XXIII S. 22, IX S. 194). Behauptet der eine Theil Suspensiv-, der andere Resolutivbedingung, so muß, wer sich auf die Resolutivbedingung beruft, sie beweisen (R.O.H.G. VII S. 38.[1])

Nr. 15. Die Bedingung besteht darin, daß die Billigung des Käufers erklärt wird. Die Billigungserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, letzteres insbesondere dadurch, daß Käufer die Waare vom Verkäufer nunmehr abholen läßt oder sie verbraucht, veräußert, den Preis dafür bezahlt; auch Gebrauch kommt in Frage, wenn er derart intensiv auf die Sache einwirkt, daß er dem Verbrauch nahe kommt (Busch IX S. 194), dagegen nicht Substanzangreifung, soweit sie zur Untersuchung erforderlich ist (Busch XLI S. 157), auch nicht bloßer zweckwidriger Gebrauch, dieser würde nur zum Schadensersatz verpflichten (Mot. zu Entwurf I des B.G.B. II S. 335). Zeichnung der Waare kann Billigung sein. Die bloße Erklärung Dritten gegenüber, man sei zufrieden, genügt nicht, die Erklärung muß sich an den Verkäufer beziehungsweise dessen Stellvertreter richten.

Nr. 16. Die Billigung muß unbedingt und vorbehaltlich sein, andernfalls liegt darin Ablehnung, verbunden mit einer neuen Offerte. Daß die Billigung erfolgt ist, hat der Theil zu beweisen, der daraus Rechte herleitet.

Nr. 17. Bloßes Stillschweigen ist keine Billigung. Schweigt der Käufer über die gesetzliche Frist hinaus, so gilt er als ablehnend. Nur wenn ihm die Sache übergeben ist, und zwar zum Zwecke der Probe oder Besichtigung, gilt Schweigen über die gesetzliche Frist hinaus als Genehmigung, und zwar sowohl bei suspensiv als bei resolutiv bedingtem Kauf. Uebergabe ist hier nicht Vollziehung des Kaufvertrages, sondern es genügt auch einstweilige Einräumung des unmittelbaren Besitzes (a. A. v. Hahn zu Art. 339 § 22). Ist sie ihm lediglich oder doch auch zu Pfand oder zur Verwahrung oder zur Bearbeitung übergeben, so würde im Schweigen Ablehnung liegen. Doch wird vermuthet, daß eine Uebergabe ausschließlich zum Zwecke der Probe erfolgte; wer sich auf andere Zwecke beruft, hat diese zu beweisen (Prot. S. 1369).

Nr. 18. Die Billigungserklärung muß geschehen innerhalb der vereinbarten Frist. Für die Auslegung der Vereinbarung wird bei Verträgen unter Kaufleuten auf Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen sein (§ 346). In Ermangelung einer Vereinbarung kann der Verkäufer dem Käufer eine Frist setzen, sofern diese angemessen ist. Angemessen wird die Frist sein, wenn sie dem Käufer die Zeit der Ueberlegung läßt, die nach Lage des Falles — z. B. mit Rücksicht auf die Größe des Geschäfts, die Möglichkeit baldiger Prüfung u. dgl. — nöthig ist, um den Entschluß zu fassen, in welcher Beziehung unter Kaufleuten wiederum Handelsgebräuche zu berück-

---

[1]) Behauptet gegenüber dem aus reinem Kauf Klagenden der Beklagte Kauf auf Probe, so liegt ihm der Beweis ob. Anders die bisherige Praxis, wenn es sich um suspensiv bedingten Kauf handelte (vgl. oben S. 7 Nr. 20).

Digitized by Google

sichtigen sind.[1]) Dabei sind persönliche Verhinderungsgründe des Käufers nicht mit in Betracht zu ziehen, der Käufer kann z. B. Fristverlängerung nicht beanspruchen, weil er durch Krankheit oder sonstigen Zufall an der Vornahme der Prüfung verhindert war. Wohl aber würde durch den Verkäufer schuldhaft herbeigeführte Verhinderung dem Käufer zu Gute kommen (v. Hahn zu Art. 339 § 12).

Die Form der Fristsetzung ist gleichgültig, sie kann mündlich und schriftlich (auch durch Klageerhebung) unter Angabe eines Kalendertages oder sonstiger bestimmter Zeitumgrenzung geschehen. Dagegen würde nicht genügen die bloße Aufforderung, sich „baldigst", „umgehend", „demnächst" zu erklären (vgl. den Fall in Busch IV S. 148); denn das Gesetz erfordert eine bestimmte Frist (anders das ältere Recht). — Die Fristsetzung muß dem Käufer zugegangen sein, die Gefahr des Transportes trägt der Verkäufer, ihm liegt der Beweis der erfolgten Fristsetzung ob. Umgekehrt muß die Erklärung des Käufers auf die Fristsetzung innerhalb der Frist dem Verkäufer zugegangen sein. Im Falle des § 496 Satz 2 würde also der Nichteingang der ablehnenden Erklärung binnen der gesetzlichen Frist als Billigung gelten (a. A. v. Hahn § 26 zu Art. 339); doch wird B.G.B. § 149 analog anzuwenden sein. Nr. 19.

Hat der Käufer einmal abgelehnt, so würde nachträgliche Genehmigung nichts mehr fruchten, demnach auch nachherige Benutzung oder Veräußerung, sie könnten höchstens zum Schadensersatz verpflichten (O.L.G. Frankfurt in Z. XXXVIII S. 199, nicht zutreffend O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XIII S. 163). Nr. 20.

Lehnt der Käufer ab, so braucht er Gründe für die Ablehnung nicht anzugeben. Die Vortheile, die er inzwischen von der Sache hatte, braucht er nicht zu ersetzen (Busch XXIX S. 368), andererseits wird er im Zweifel die Kosten zu tragen haben, die die Fütterung der Thiere u. dgl. erfordert; ob die Kosten der Rücksendung, hängt von der Lage des Falles ab (weitergehend R.O.H.G. XXIV S. 48). Vgl. Handelsgebräuche bei Riesenfeld Nr. 231. Nr. 21.

Ueber die Aufbewahrungspflicht des Käufers bei § 379 Nr. 2, über sein Retentionsrecht bei § 369 Nr. 14. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten. Verweigert er die Gestattung, so kann Käufer klagen (Vollstreckung C.P.O. § 888). Nr. 22.

IV. Der **Kauf zur Probe** wurde durch Art. 341 des A. D. H.G.B. für einen unbedingten Kauf mit Angabe des Beweggrundes erklärt. Diese selbstverständliche Bestimmung ist im B.G.B. fortgelassen. Ueber die Terminologie, wonach Kauf „zur Probe" in Wahrheit möglicherweise Kauf auf Probe ist, oben Nr. 13 Anm. 1. Nr. 23.

V. **Erfüllungsort und Erfüllungszeit.** Nr. 24.

Art. 342 des A. D. H.G.B. bestimmte:

Hinsichtlich des Ortes der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers und des Käufers kommen die Bestimmungen des Art. 324 Abs. 1 zur Anwendung.

Die Uebergabe der Waare geschieht, wenn aus diesen Bestimmungen sich nicht ein Anderes ergiebt, an dem Orte, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache verkauft ist, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem anderen Orte befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte.

Der Kaufpreis ist bei der Uebergabe zu entrichten, sofern nicht ein Anderes durch die Natur des Geschäfts bedingt oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist. Im Uebrigen kommt die Bestimmung des Art. 325 auch in Bezug auf diese Zahlung zur Anwendung.

Ueber Absatz 1, 2 ist Vorbemerkung zu § 358 (oben S. 56) gehandelt worden, was Absatz 3 betrifft, der durch B.G.B. § 320 ersetzt wird, so ist Näheres bei § 376 Nr. 10 zu vergleichen.

VI. **Verpflichtung des Verkäufers zur Uebersendung der Waare.** Nr. 25.

Art. 344 des A. D. H.G.B. bestimmte:

---

[1]) Art. 339 des A. D. H.G.B. stimmte hiermit nicht ganz überein. Er verlangte nicht Setzung einer bestimmten angemessenen Frist, sondern ließ nach Ablauf einer angemessenen Frist den Verkäufer an den Käufer die Aufforderung zur Erklärung richten; erklärte sich Käufer auf die Aufforderung nicht sofort, so hörte Verkäufer auf, gebunden zu sein.

Digitized by Google

Soll die Waare dem Käufer von einem anderen Orte übersendet werden, und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare besorgt oder ausgeführt werden soll.

Eine entsprechende Bestimmung findet sich zwar im B.G.B. nicht wieder; doch ergiebt sich der gleiche Satz aus allgemeinen Grundsätzen (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 328, vgl. B.G.B. § 276, H.G.B. § 347) und wird mittelbar durch B.G.B. § 447 Abs. 2 bestätigt:

„Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung ertheilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich".

Aus dem B.G.B. geht insbesondere mit Klarheit hervor:

Nr. 26. 1. Daß eine gesetzliche Pflicht zur Uebersendung für den Verkäufer nicht besteht, daß er vielmehr diese Pflicht ausdrücklich oder stillschweigend übernehmen muß. In letzterer Beziehung sind bei beiderseitigen Handelsgeschäften die Handelsgebräuche, bei einseitigen Handelsgeschäften die Verkehrssitte zu berücksichtigen, die vielfach eine Uebersendungspflicht bei Distanzgeschäften statuiren (R.O.H.G. XVIII S. 322, XX S. 303, R.G.E. XXXIV S. 66, vgl. § 376 Nr. 10).

Nr. 27. 2. Ist die Verpflichtung zur Uebersendung übernommen, so kommt es darauf an, ob Käufer (beim Kauf oder nachher) besondere Anweisungen über die Art der Versendung ertheilt hat oder nicht. Ersterenfalls darf der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung nicht abweichen. In dieser Hinsicht wird der für den Beauftragten maßgebende § 665 des B.G.B. entsprechend anzuwenden sein. Auch wird der Verkäufer nicht gehalten sein, Anweisungen des Käufers, die vertragswidrig sind oder ihm besondere Lasten aufbürden, Folge zu leisten, z. B. die Waare an verschiedene Adressen (R.O.H.G. XVIII S. 326) oder an den Käufer des Käufers zu senden (R.G.E. XXVI S. 107). Weicht er ohne dringenden Grund ab, so ist er schadensersatzpflichtig. Die Beweislast, daß ein dringender Grund vorliegt, trifft den Verkäufer.

Nr. 28. 3. Hat Käufer besondere Anweisungen über die Art der Versendung nicht ertheilt, so hat Verkäufer der von ihm übernommenen Verpflichtung mit aller Sorgfalt nachzukommen und haftet für jedes Versehen, das ihn hinsichtlich der in den Rahmen der Versendung fallenden Handlungen trifft, gleichgültig, ob es sich um ein positives Thun oder um ein Unterlassen handelt, während der Uebergang der Gefahr sich im Uebrigen nach allgemeinen Grundsätzen richtet. Dies folgt aus der von ihm als Verkäufer übernommenen Pflicht, durch die Uebernahme der Versendung hat er nur den Kaufvertrag eigenthümlich gestaltet, er handelt nicht etwa als Beauftragter (so unrichtig O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XI S. 22) oder als Spediteur (vgl. Busch XLVII S. 87, R.O.H.G. VIII S. 13, XI S. 64, XIII S. 152, 325, XIX S. 245; darum greift H.G.B. § 414 nicht Platz). Insbesondere hat er für die gehörige Versendungsart (sowohl hinsichtlich des Beförderungsmittels — Eisenbahn, Schiff, Wagen — als hinsichtlich der Route, der Bestimmung über die Schnelligkeit der Beförderung (Eilgut, Frachtgut), der gehörigen Verpackung (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XVI S. 179, Busch XXIII S. 338), der gehörigen Deklaration (Adler-Clemens Nr. 1153) mit aller Gewissenhaftigkeit Sorge zu tragen und kann sich auf seine Unkenntniß nicht berufen, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ein Anderes hätte wissen müssen (R.O.H.G. XIX S. 246). Er hat die Waare vom gehörigen Ort aus abzusenden, d. h. im Zweifel dem Erfüllungsort (R.O.H.G. XVI S. 49) und an die gehörige Adresse,[1]) er hat für gehörige Auswahl eines Spediteurs oder Frachtführers Sorge zu tragen. Von seiner Wahl hängt es ab, ob er die Verträge mit diesen im eigenen Namen oder im Namen des Käufers schließen will (v. Hahn § 3 zu Art. 344), durch die Uebernahme der Versendung übernimmt er noch nicht die Verpflichtung, in eigenem Namen aufzutreten (üblich

[1]) Die Aufgabe solcher Adresse kann sich Käufer möglicherweise vorbehalten (vgl. z. B. R.O.H.G. XVIII S. 162), dann muß Verkäufer vorher anfragen und darf nicht auf eigene Faust die Adresse bestimmen.

Digitized by Google

scheint allerdings Abschluß in eigenem Namen zu sein R.G.E. XXVI S. 106). Tritt er in eigenem Namen auf, so geht der Vertrag doch auf Rechnung des Käufers. In der Versendungspflicht liegt an sich nicht Frankaturpflicht, er kann also die Kosten des Transportes dem Käufer in Rechnung stellen. — Hat er den Spediteur, beziehungsweise Frachtführer gehörig ausgewählt, mit diesem den Vertrag geschlossen und ihm die Waare ausgeliefert, so ist er bei normalem Verhältniß seinen Verpflichtungen nachgekommen, eine allgemeine Haftung für Versehen derselben während des Transportes liegt ihm nicht ob (R.O.H.G. III S. 106, Adler-Clemens Nr. 1544); ebensowenig liegt ihm an sich eine Verpflichtung zur Versicherung der Waare ob. Wohl aber würde er bei anomalen Verhältnissen auch während des Transportes eine Ueberwachungspflicht behalten (R.O.H.G. XV S. 176 ff.). Vgl. bei § 373 Nr. 4.

Hinsichtlich der Kosten der Verpackung bei § 380 bei Nr. 7 Anm. 1.

VII. **Gefahrsübergang.**

Art. 345 enthielt Bestimmungen über den Zeitpunkt, mit dem die Gefahr der gekauften Sache im Falle der Uebersendung auf den Käufer übergehe. Durch die Regelung dieser Materie in sachlich meist übereinstimmender Art in den §§ 446 Abs. 1, Satz 1, 447 Abs. 1, 269 Abs. 3 des B.G.B. ist Art. 345 überflüssig geworden und demgemäß gestrichen. Es bestimmen: Nr. 29.

B.G.B. § 446 Abs. 1 Satz 1: „Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über".

§ 447 Abs. 1: „Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat".

§ 269 Abs. 3: „Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll."

Von diesen drei Bestimmungen ist die des § 446 Abs. 1 Satz 1 für das Handelsrecht eine Neuerung. Das alte H.G.B. hatte sich jeder Bestimmung über den Gefahrsübergang im Allgemeinen enthalten, vielmehr den Landesrechten die Regelung überlassen. Darnach ging die Gefahr in einem Theile der Landesrechte bereits mit dem Kaufabschlusse, in einem anderen Theile erst mit der Uebergabe über. Nunmehr ist für das ganze Reich ein einheitlicher Rechtszustand geschaffen und damit der Vorbehalt des alten Art. 345 Abs. 3 gegenstandslos geworden. Nr. 30.

1. Regel ist bei Handelskäufen in Zukunft, daß die Gefahr erst mit der Uebergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergeht. Unter Uebergabe ist nicht bloß körperliche Tradition, sondern auch Uebertragung des mittelbaren Besitzes (einschließlich der Uebergabe von Traditionspapieren), ja sogar constitutum possessorium und Vindikationscession zu verstehen (Dernburg b. R. II § 174 S. 26). Gleichgültig ist, ob es sich um Spezies- oder Genuskauf handelt, ob der Waare ein Mangel anhaftet oder nicht. Ist der Kaufvertrag suspensiv bedingt, so würde, falls die Bedingung nach der Uebergabe eintritt, die Gefahr für zwischen Uebergabe und Eintritt der Bedingung erfolgten Untergang, beziehungsweise erfolgte Verschlechterung den Verkäufer treffen, sofern nicht nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts eine Rückbeziehung der an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf die Zeit der Uebergabe gemeint ist (B.G.B. §§ 158 Abs. 1, 159). Defizirt die Bedingung, so trifft natürlich die Gefahr den Verkäufer. Ist der Kaufvertrag resolutiv bedingt, so ist die Gefahr, falls die Resolutivbedingung defizirt, mit der Uebergabe auf den Käufer übergegangen (vgl. hierzu Cosack b. R. I § 122 Nr. 10). Tritt die Resolutivbedingung ein, so behielt die Gefahrstragung der Verkäufer. Nr. 31.

2. Ausnahmen von der Regel sind (abgesehen von vertragsmäßiger Vereinbarung): Nr. 32.

α) Ist der Käufer in Annahmeverzug, so trifft ihn die Gefahr. B.G.B. § 300.

β) Bei Versendungen von einem Orte nach dem anderen soll nach B.G.B. § 447 Abs. 1 die Gefahr mit Auslieferung der Waare an den Nr. 33.

Digitized by Google

Spediteur, Frachtführer oder die sonstige zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt auch dann übergehen, wenn diese Personen nicht Vertreter des Käufers in dem Besitzerwerb sein sollen. Sind sie Vertreter des Käufers bei dem Traditionsakt, liegt also in der Uebergabe an sie die Tradition an den Käufer, so greift ohnehin die Regel des § 446 Abs. 1 Satz 1 Platz. Daß sie dies sind, bedarf besonderen Beweises. An sich hat weder der Frachtführer noch der Spediteur Vollmacht des Käufers zur Entgegennahme der Tradition für den Käufer, auch dann nicht, wenn Käufer ihn bestimmt hat. Da es sich um eine Ausnahme zu Gunsten des Verkäufers handelt, so greift § 447 Abs. 1 ferner dann nicht Platz, wenn der Versendung die Uebergabe voraufgegangen ist, z. B. der die Waare nach erfolgter Besichtigung und Uebernahme seitens des Käufers bewahrende Verkäufer sie nachträglich auf Ersuchen dem Käufer übersendet. In diesem, z. B. bei Baarkauf im Laden vorkommenden Fall war die Gefahr bereits vorher auf den Käufer übergegangen (Adler-Clemens Nr. 691).

Die Ausnahme greift nur Platz, wenn die Versendung auf Verlangen des Käufers erfolgt, sei es, daß der Kaufvertrag eine diesbezügliche Nebenbestimmung enthält, sei es, daß sich sonst der Verkäufer freiwillig entschließt, dem Verlangen des Käufers stattzugeben. Doch ist, wie oben Nr. 26 bemerkt wurde, nach der Verkehrssitte vielfach ein stillschweigendes Uebereinkommen dieses Inhalts anzunehmen. Das Verlangen des Käufers muß auch nicht bloß die Thatsache der Versendung selbst, sondern auch den Destinationsort und die Adresse umfassen.

Es muß sich ferner um Versendung von einem Orte nach einem anderen Orte handeln. Unter Versendung hat man nach einer mehrfach vertretenen Auffassung jedes loco movere der Waare von ihrem Standort an einen anderen Ort, gleichgültig, ob die beiden Orte zur selben Gemeinde oder zu verschiedenen Gemeinden gehören, zu verstehen. Allein dies dürfte der Entstehungsgeschichte des § 447 Abs. 1 nicht entsprechen, der aus Art. 345 des A. D. H.G.B. übernommen ist. Vielmehr wird es sich um Versendungen nach „auswärts" handeln müssen, wobei das in § 30 Nr. 3 Gesagte Platz zu greifen haben wird. Schickt also der Verkäufer vom Geschäftslokal durch seinen Dienstmann oder die Post dem Käufer die Waare in das Haus, so geht die Gefahr erst mit der Uebergabe auf den Käufer über.

Der andere Ort darf auch nicht der Erfüllungsort sein. Ist der Destinationsort Erfüllungsort, so geht die Gefahr nach allgemeinen Grundsätzen über. Wann er dies ist, insbesondere über den § 269 Abs. 3 des B.G.B. oben S. 57.

Dagegen ist nicht nothwendig, daß die Versendung in allen Einzelheiten ordnungsgemäß erfolgt. Trifft hinsichtlich der Art der Versendung den Verkäufer ein Verschulden, so haftet er zwar für den daraus entstehenden Schaden, aber der Gefahrsübergang regelt sich doch nach B.G.B. § 447 Abs. 1.

Nr. 34. Unter den obigen Voraussetzungen geht die Gefahr auf den Käufer über mit der Auslieferung der Sachen[1]) an den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person, gleichgültig, ob der Verkäufer während des Transportes die Verfügung über die Waare behält oder nicht, also insbesondere, ob er in eigenem Namen oder im Namen des Käufers die Transportperson beauftragt hat. „Auslieferung" ist diejenige Handlung, durch welche der Transportirende in den Stand gesetzt wird, den Transport zu beginnen, wobei vorausgesetzt wird, daß nicht entgegenstehende Anweisungen des Verkäufers vorliegen; hatte z. B. der Verkäufer dem Spediteur die Waare zur Beförderung unter einer aufschiebenden Bedingung übergeben, etwa der Verkäufer behält sich die Weisung der Absendung vor, so kann die Thätigkeit des Transports erst mit Erfüllung der Bedingung beginnen (R.O.H.G. XXI S. 356). Dagegen ist nicht nothwendig, daß der Transport wirklich begonnen wird, es genügt die Auslieferung.

Nr. 35. Wie wenn Verkäufer selbst oder durch seine Leute den Transport ausführt? Unmittelbar bezieht sich § 447 Abs. 1 nicht auf diesen Fall, und es ist nicht unbedenklich, wenn Cosack, L. d. b. R. § 124 hierauf § 447 Abs. 1 derart anwendet, daß er auf den Beginn des Transportes den Gefahrsübergang bezieht. Konsequent müßte dann Cosack, wenn Verkäufer die Waaren durch seine Leute zur Bahnstation schicken läßt, damit diese sie transportire, die auf dem Wege zur Bahn eintretende Gefahr den Käufer tragen lassen, was wohl nicht angängig ist (vgl. R.O.H.G. I

[1]) Ueber die Gefahr hinsichtlich der Verpackung bei § 380 Nr. 7 Anm. 1.

Digitized by Google

S. 124), auch Staub S. 1235 Anm. 24, 1239 Anm. 36 scheint der gleichen Ansicht, wie Cosack, zu sein, ebenso Dernburg b. R. II § 172 S. 21.

VIII. **Verpflichtung des Käufers zur Empfangnahme der Waare.** Nr. 36.

Art. 346, der den Käufer verpflichtete, die vertragsmäßige Waare zu empfangen, und aussprach, daß die Empfangnahme im Zweifel sofort geschehen müsse, ist ersetzt durch B.G.B. § 433 Abs. 2: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer ..... die gekaufte Sache abzunehmen".

B.G.B. § 271 Abs. 1: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken".

Ueber den Begriff der „Abnahme" bei § 373 Nr. 5. Aus B.G.B. § 433 Abs. 2 ergiebt sich, daß die Abnahme eine Leistung des Käufers ist, demnach Nichtabnahme nicht bloß Annahme-, sondern auch Leistungsverzug begründen kann, Annahmeverzug ohne Rücksicht auf Verschulden des Käufers, Leistungsverzug bei Verschulden des Käufers. Vgl bei § 376 Nr. 5 und Cosack, Lehrb. des b. R. § 130 VI. Demgemäß ist dem Verkäufer schlechthin eine Klage auf Abnahme der Waare zu gewähren, was für das frühere Recht nicht unbestritten war. Diese Klage kann nach C.P.O. § 29 da erhoben werden, wo der Käufer seiner Abnahmepflicht nachzukommen hat (vgl. § 374 Nr. 2). Hat also Käufer am Wohnort beziehungsweise am Orte der Niederlassung des Verkäufers abzunehmen, so kann Verkäufer an diesem Ort Klage auf Abnahme erheben. Dies wird dann der Fall sein, wenn Käufer holen muß, was ja allerdings im Handelsverkehr, zumal wenn Verkäufer Kaufmann ist, nicht häufig vorkommt.

Dritter Abschnitt.

Kommissionsgeschäft.

Denkschr. I S. 230 ff., II S. 3251 ff.

Litteratur: Grünhut, Recht des Commissionshandels 1879 (citirt als: Grünhut), derselbe in Endemanns Hdb. III S. 157 ff.; Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs 1883; Jacoby, Das Recht der Bank- und Waarenkommission 1891; Cosack § 43; Dernburg, b. R. II § 341 ff.; Gareis §§ 51 ff. Das Einzelne an seinem Ort.

Einleitung.

Der dritte Abschnitt regelt das für den modernen Verkehr so wichtige Kommissionsgeschäft. Seine Regelung ist keine erschöpfende. Denn einerseits wird einer Unterart des Kommissionsgeschäftes, dem Speditionsgeschäft, ein eigener Abschnitt, der vierte, gewidmet. Andererseits verweist hinsichtlich einer Reihe von Rechten und Pflichten aus dem Vertrage das H.G.B. stillschweigend auf das B.G.B. Und endlich ergänzt das Recht dieses Abschnittes ein besonderes Reichsgesetz, das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896. — Trotz dieser Umstände erfreut sich dieser Abschnitt gegenüber dem voraufgehenden einer verhältnißmäßigen Abrundung. Den Grund bildet, daß das Kommissionsgeschäft ein eigenthümliches Institut des Handels ist. Es giebt nicht zwei Arten von Kommissionsgeschäften, ein kaufmännisches und ein nichtkaufmännisches, etwa wie es einen bürgerlichen Kauf und einen Handelskauf giebt. Es giebt nur ein Kommissionsgeschäft. Was nicht Kommissionsgeschäft ist, ist entweder Werkvertrag oder Auftrag im Sinne des B.G.B. Freilich ist das Kommissionsgeschäft selbst seiner juristischen Natur nach gewöhnlich Werkvertrag, ausnahmsweise Auftrag; es ist nicht ein eigener Vertrag, wie man früher annahm. Aber schon der Umstand, daß es einen besonderen Namen besitzt, zeigt, daß es eine jedenfalls stark modifizirte Spielart des bürgerlichen Werkvertrages beziehungsweise Auftrages darstellt. Und in der That sind die Abweichungen vom bürgerlichen Recht so erhebliche, daß das Schwergewicht im HGB., nicht im bürgerlichen Recht liegt; das letztere gewährt nur den allgemeinen Rahmen, in den sich das Kommissionsgeschäft einfügt, gewissermaßen die Elemente konstruktiven Aufbaues, während das Handelsrecht die lebendige Ausfüllung bietet. In erster Linie gilt dies von der Einkaufs- und Verkaufskommission, in minderem Grade von den anderen Arten des Kommissionsgeschäfts. Nr. 1.

Digitized by Google

Nr. 2. Die Eintheilung dieses Abschnittes ist die, daß das Gesetz den Begriff des Kommissionärs an die Spitze stellt (§ 383), darauf von Rechten und Pflichten des Kommissionärs und Kommittenten aus dem Kommissionsvertrage im Allgemeinen (§§ 384—399), sodann vom Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs im Besonderen (§§ 400—405) handelt. Im Schlußparagraphen (§ 406) wird die eigentliche Tragweite der Bestimmungen dieses Abschnittes festgelegt. Enthält § 383 die Begriffsbestimmung des Kommissionärs, so ist aus § 406 die des Kommissionsgeschäfts zu entnehmen.

Nr. 3. Die Begriffe Kommissionär und Kommissionsgeschäft haben nach dem neuen H.G.B. nicht diejenige innere Coincidenz, die der bisherige Sprachgebrauch ihnen beimaß. Freilich kann nur Kommissionär werden, wer Kommissionsgeschäfte gewerbemäßig betreibt, aber nicht der gewerbemäßige Betrieb jedweder Arten von Kommissionsgeschäften macht zum Kommissionär. Kommissionär ist dem Gesetz nur der Ein- und Verkaufskommissionär, also nur der gewerbemäßige Betrieb von Ein- und Verkaufskommissionen macht zum Kommissionär und auch nur unter der Bedingung, daß Gegenstand des Kaufgeschäfts Waaren oder Werthpapiere sind. Kommissionsgeschäft ist nach dem Gesetz dagegen auch die Uebernahme anderer Kommissionen, sofern sie nur von einem Kaufmann als solchem geschieht (§ 406 Abs. 1). Der Begriff des Kommissionsgeschäfts ist also der bei Weitem umfassendere. Von ihm ist somit zuerst auszugehen, bevor auf den Begriff des Kommissionärs überzugehen ist.

Nr. 4. **Begriff des Kommissionsgeschäftes.** Kommissionsgeschäft (Kommission) ist, wie sich aus § 406 Abs. 1 ergiebt, der Vertrag, durch den ein Kaufmann als solcher sich einem Anderen gegenüber verpflichtet, ein Geschäft für Rechnung des Anderen in eigenem Namen zu schließen. Im Leben bezeichnet man auch das Geschäft, dessen Abschluß der Kaufmann übernimmt, als Kommissionsgeschäft oder definirt wohl gar Kommissionsgeschäft als dasjenige Handelsgeschäft, das Jemand im Auftrage eines Anderen für dessen Rechnung in eigenem Namen abschließt. Allein das Gesetz unterscheidet bewußt zwischen Uebernahme und Ausführung der Kommission. Jene bildet ihm den Inhalt des Kommissionsvertrages. Der Kommissionsvertrag ist ihm ein Vertrag zwischen Kommittent und Kommissionär, grundsätzlich regelt es nur die Beziehungen zwischen diesen, auf die externe Seite — das Verhältniß zwischen Kommissionär und Drittkontrahenten — läßt sich das Gesetzbuch überhaupt nicht, auf das Verhältniß zwischen Kommittent und Dritten nur ganz vereinzelt ein. Das Geschäft, das der Kommissionär kraft der Kommission abschließt, nennt das Gesetz nie Kommission, sondern stets Ausführung der Kommission, oder kurzweg „Geschäft", das sogenannte **Ausrichtungsgeschäft**. Mit dem Abschlusse des Ausrichtungsgeschäfts realisirt der Kommissionär die Kommission, aber das abgeschlossene Geschäft ist nie selbst ein Kommissionsgeschäft.

Zum Begriff des Kommissionsgeschäfts gehört also:

Nr. 5. 1. Daß der die Kommission Uebernehmende ein **Kaufmann** ist. Nicht nothwendig ist, daß dieser Kaufmann Kommissionär im Sinne des § 383 ist, jedweder Kaufmann genügt, gleichgültig ob es sich um einen Voll- oder Minderkaufmann, eine physische Person, eine Handelsgesellschaft oder eine juristische Person handelt, ob es ein natürlicher Kaufmann (§ 1) oder ein Kaufmann kraft Registrirung (§ 2) ist. Jedenfalls muß er aber Kaufmann sein. Demnach läge kein Kommissionsgeschäft vor, wenn der die Kommission Uebernehmende ein Gewerbe betreibt, das ihn nach § 2 zur Eintragung verpflichtet, solange er nicht eingetragen wird. Das würde sogar dann gelten, wenn sein Gewerbe in der Uebernahme derartiger Kommissionen (z. B. Versicherungskommissionen) besteht. Bis zur Eintragung würden die von ihm übernommenen Kommissionen sich lediglich nach bürgerlichem Recht beurtheilen. Uebernehmen Mehrere durch ein Geschäft eine Kommission und ist nur ein Theil von ihnen Kaufmann, so gilt das Geschäft nur hinsichtlich dieser als Kommissionsgeschäft. Dagegen ist nicht nothwendig, daß der die Kommission Ertheilende ein Kaufmann ist, und völlig gleichgültig ist, was der Dritte, mit dem das Geschäft abgeschlossen werden soll, ist.

Der die Kommission Uebernehmende muß Kaufmann zur Zeit des Abschlusses der Kommission sein, daß er die Kaufmannseigenschaft nachher einbüßt, steht nicht im Wege; daß er sie nachher erwirbt, nützt nicht.

Nr. 6. 2. Der Kaufmann muß **als solcher** („im Betriebe seines Handelsgewerbes") die Kommission übernehmen, das Kommissionsgeschäft muß für ihn also ein Handelsgeschäft sein. Nicht nothwendig ist, daß es den Gegenstand seines Gewerbes bildet, es genügt die Eigenschaft des accessorischen Handelsgeschäfts. Wenn somit die Uebernahme der

Digitized by Google

Kommission dem konkreten Gewerbe auch noch so fern liegt, aber immerhin die Zwecke des kaufmännischen Gewerbes fördert, liegt eine Kommission vor. Vgl. in dieser Beziehung die Erörterung zu §§ 343, 344. Hat dagegen die Uebernahme schlechtweg mit der Kaufmannseigenschaft des Uebernehmenden nichts zu thun, übernimmt es z. B. der Kaufmann, in eigenem Namen für Rechnung seines Bruders einen Dienstboten zu miethen oder ein Billet zur Oper zu besorgen, so liegt ein Kommissionsgeschäft nicht vor. Dabei wird der Umstand, ob er es gegen Entgelt thut oder nicht, nicht stets entscheidend sein. Denn auch unentgeltliche Geschäfte können Handelsgeschäfte darstellen. Vgl. bei § 343 Nr. 11. Ob das Kommissionsgeschäft für den Kommittenten ein Handelsgeschäft ist, ist gleichgültig. Doch kann dieser Umstand wenigstens in einzelnen Beziehungen von Bedeutung sein (vgl. bei § 391).

3. Die Kommission muß sich auf den **Abschluß eines Geschäfts** beziehen. Nr. 7. Der sie Uebernehmende verpflichtet sich also zu einer juristischen, nicht zu einer faktischen Thätigkeit. Und zwar besteht diese juristische Thätigkeit mindestens in dem Abschlusse des Geschäfts durch den Uebernehmenden.[1]) Dadurch unterscheidet sich der Kommissionsvertrag vom Mäklervertrag. Der Mäkler verpflichtet sich, das Geschäft zu vermitteln, dafür zu sorgen, daß die Parteien, zwischen denen er vermittelt, das Geschäft mit einander abschließen. Der die Kommission Uebernehmende verpflichtet sich, das Geschäft selbst abzuschließen. Verpflichtet sich Jemand, nur den Abschluß vorzubereiten, z. B. nur die Aufforderung zur Stellung von Offerten zu machen, so liegt ebenfalls kein Kommissionsvertrag vor. Verpflichtet er sich umgekehrt, die Abwickelung eines abgeschlossenen Geschäftes zu besorgen, z. B. die Zahlung des Kaufpreises, die Uebersendung der Waare vorzunehmen, so liegt jedenfalls mit Bezug auf das abgeschlossene Geschäft, das er abwickeln soll, kein Kommissionsvertrag vor, vielleicht aber ein Kommissionsvertrag hinsichtlich des betreffenden geschäftlichen Herganges (z. B. Inkassokommission bei Werthpapieren, Kommission zur Geltendmachung eines Bezugsrechtes, vgl. Depotgesetz § 5). — Das Geschäft, zu dessen Abschluß der Kommissionsvertrag verpflichtet, wird gewöhnlich ein Vertrag (Kauf, Versicherungsvertrag, Werkvertrag, Annoncenkommissionär Busch XLI S. 166, XXXVI S. 188[2]) u. s. w.), es kann aber auch ein einseitiges Rechtsgeschäft sein. Vom Standpunkte der Kreationstheorie würde z. B. die Kommission zur Vornahme von Wechselakten dahin gehören (insbesondere zur Ausstellung eines Acceptes), vom Standpunkte des B.G.B. die Kommission zur Ausstellung von Inhaberpapieren. Hierhin würde auch gehören die Kommission zur Primitivzeichnung von Aktien. — Daß das Ausrichtungsgeschäft ein Handelsgeschäft vom Standpunkte des Kommittenten sei, ist natürlich nicht nöthig, denn dieser braucht ja gar nicht Kaufmann zu sein. Die Frage, ob es ein Handelsgeschäft vom Standpunkte des die Kommission Uebernehmenden sein müsse, ist müßig. Denn da der wirthschaftliche Erfolg gar nicht diesen, sondern den Kommittenten treffen soll, so kann es unerheblich sein, ob der Kommissionär als Kaufmann selbst solche Geschäfte geschlossen hätte, die Uebernahme der Kommission, nicht der Abschluß des Geschäfts, auf das sich die Kommission richtet, soll nach § 406 „im Betriebe seines Handelsgewerbes" erfolgen. Höchstens kann die Natur des abzuschließenden Geschäfts (z. B. des Gesindekontraktes) einen Schluß auf die Inkommerzialität des Kommissionsvertrages selbst gebieten. De jure kommt es aber allein darauf an, ob der Kommissionsvertrag Handelsgeschäft für den Kommissionär ist oder nicht.

Demnach braucht das Ausrichtungsgeschäft nicht unter eine der Kategorien des § 1 Abs. 2 zu fallen, es kann auch ein Geschäft über ein Grundstück oder ein sonstiges Geschäft sein. Und umgekehrt braucht kein Kommissionsvertrag vorzuliegen, trotzdem das Geschäft, zu dessen Abschluß Jemand sich in eigenem Namen für fremde Rechnung verpflichtet, unter § 1 Abs. 2 zu subsumiren ist. Nur muß das Geschäft ein erlaubtes sein, die Kommission zum Abschlusse eines unerlaubten Geschäftes (z. B. Börsentermingeschäftes) ist ohne Wirksamkeit. Siehe oben § 376 Nr. 103, 114, vgl. unten S. 202 Anm. 1.

4. Die Kommission muß den Abschluß eines Geschäftes **in eigenem Namen** Nr. 8. zum Gegenstand haben. Der die Kommission Uebernehmende soll also nicht als Be-

[1]) Nicht Kommissionsgeschäft wäre die Uebernahme des Betriebs eines ganzen Handelsgewerbes für fremde Rechnung, Lepa S. 6.

[2]) Beim Kommissionsverlag liegt ein Kommissionsgeschäft jedenfalls mit Bezug auf die Absatzgeschäfte vor, während die Herstellung entweder in der Weise geschehen kann, daß der Kommissionsverleger selbst herstellt oder daß er Druckereiverträge für Rechnung des Autors abschließt.

Digitized by Google

vollmächtigter des Kommittenten auftreten, er soll in *seinem*, nicht des Kommittenten Namen ein- oder verkaufen, Wechselakte vornehmen, Aktien umtauschen, Zinsen und Dividenden einkassiren, Versicherungsverträge abschließen oder selbst Kommissionen ertheilen. Das Letztere kommt zumal bei überseeischen Verkaufskommissionen vor (R.G.E. V S. 13), indem der sogen. *Exportkommissionär* es übernimmt, dem überseeischen Kommissionär eine weitere Kommission zu ertheilen (R.O.H.G. VIII S. 121, XXII S. 80). Dadurch unterscheidet sich das Kommissionsgeschäft von solchen Werkverträgen und Aufträgen, durch die der Abschluß in fremdem Namen übernommen wird. Das Kommissionsgeschäft begleitet nie eine Vollmacht, wie den Gehülfen- oder Agenturvertrag, es ist umgekehrt die Ertheilung einer Vollmacht geradezu *ausgeschlossen*, es ist ein lediglich internes Verhältniß ins Auge gefaßt. Nach außen soll der die Kommission Uebernehmende als Selbstkontrahent erscheinen.[1]) Ist ein Auftreten als Vertreter intendirt, so liegt trotz des Namens „Kommission" kein Kommissionsgeschäft vor (R.O.H.G. XII S. 153, XVIII S. 295, XXIII S. 17, O.L.G. Braunschweig in Z. XLIV S. 240). Und umgekehrt kann ein Kommissionsgeschäft vorliegen, trotzdem im Leben ein anderer Ausdruck, z. B. Agentur, gebraucht wird. Wann Abschluß in eigenem, wann solcher in fremdem Namen gemeint ist, ist Sache richterlicher Auslegung. Die Parteien bedienen sich nicht selten allgemeiner Wendungen, die auf die eine wie auf die andere Eventualität zutreffen, z. B. es solle der Betreffende „für" den Auftraggeber kontrahiren (R.O.H.G. II S. 403). Eine generelle Vermuthung ist weder für das Kommissionsgeschäft noch für den prokuratorischen Abschluß zulässig (R.G.E. XVIII S. 160, vgl. auch Busch XL S. 167). Es ist vielmehr die ganze Sachlage zu prüfen. Dabei wird es auf die Persönlichkeit der Parteien, das Objekt des Geschäfts, ja sogar die Art des Geschäfts ankommen. Wird z. B. einem berufsmäßigen Kommissionär der Auftrag zu Theil, gerade in demjenigen Geschäftszweige, den er als Kommissionär besonders pflegt, ein Geschäft für Jemand abzuschließen, so wird man meist annehmen dürfen, daß ein Abschluß in eigenem Namen gemeint ist (O.L.G. Dresden in Z. XL S. 525). Handelt es sich um Aufträge an einen Bankier zum Einkauf von Börsenpapieren, so ist nach der Lage der Dinge gewöhnlich ein Kommissionsgeschäft anzunehmen, der Auftraggeber hätte das Gegentheil sagen müssen (R.O.H.G. XXII S. 28). Ist nach der Lage der Dinge ferner kein Grund ersichtlich, aus dem der Auftraggeber nicht selbst abschloß, insbesondere bei Platzgeschäften, so wird die Vermuthung nahe liegen, daß er nicht offen hervortreten, sondern sich eines Kommissionärs bedienen wollte. Auch Handelsgebräuche können nach § 346 zu berücksichtigen sein u. s. w.

Nr. 9. Hat der eine Theil Abschluß in eigenem Namen, der andere Abschluß in fremdem Namen gemeint, so greifen die allgemeinen Grundsätze über den Mangel des Konsenses Platz. Fehlt es an dem Zustandekommen des Kommissionsvertrages, so würde der in fremdem Namen Kontrahirende ohne Vollmacht, also als falsus procurator, auftreten und dem Dritten gegenüber nach B.G.B. §§ 177—180 haftbar werden. Umgekehrt würde der in eigenem Namen Kontrahirende, der in Wahrheit als Stellvertreter auftreten sollte, nach außen natürlich gültig kontrahirt haben, während nach innen ein Kommissionsvertrag nicht zu Stande gekommen ist, somit es einer neuen Beredung bedürfte, um den wirthschaftlichen Erfolg auf den Geschäftsherrn zu übertragen.

Die Frage, ob der Kommissionär thatsächlich nach außen in eigenem Namen aufgetreten ist, oder ob er sich als Stellvertreter gerirt hat, gehört nicht hierher.

Nr. 10. 5. Der Abschluß des Geschäftes soll **für Rechnung des Anderen** geschehen. Dadurch unterscheidet sich das Kommissionsgeschäft vom Eigen- oder Propregeschäft. Bei letzterem soll der Kommissionär nicht bloß in eigenem Namen, sondern auch für eigene Rechnung auftreten, so daß er in Wahrheit als Kontrahent des betreffenden Geschäftes gegenüber dem „Auftraggeber" erscheinen soll, daß also in dem „Auftrag" zu einem Kauf in Wahrheit eine Offerte zu einem Kauf liegt, die der „Beauftragte"

---

[1]) Darum ist beim Kommissionär, der die Kommission regulär ausführt, die Kombination einer Einkaufskommission von der einen Seite mit einer Verkaufskommission von der anderen Seite ausgeschlossen. Giebt A dem B die Kommission, 100 einzukaufen, und C dem B die Kommission, 100 zu verkaufen, so kann B nicht beide Kommissionen auf reguläre Weise kombiniren. Wollte er die 100 von C einkaufen, so würde er sie in eigenem Namen einkaufen von sich als Verkaufskommissionär, was undenkbar ist. Hier würde nur das Selbsteintrittsrecht helfen. Vgl. *Breit*, Selbsteintrittsrecht S. 47.

Digitized by Google

annimmt. Beim Kommissionsgeschäft dagegen soll der Uebernehmer der Kommission nur dem Dritten gegenüber als Kontrahent auftreten, während er nach innen, dem Kommittenten gegenüber, verpflichtet und berechtigt sein soll, den wirthschaftlichen Erfolg des Geschäftes diesem zuzuwenden und zwar in der von den Parteien erstrebten Gestalt, also durch Uebertragung der Waare, Uebermittelung des Kaufpreises u. s. w. Auch hier kann es, zumal bei der Einkaufskommission, nicht selten zweifelhaft sein, was gemeint ist, weil es sich die Parteien häufig gar nicht zum Bewußtsein bringen, ob sie Kauf oder Kommissionsgeschäft schließen und es ihnen hauptsächlich auf den Umsatz ankommt. Eine Vermuthung spricht, von besonderen Umständen abgesehen, z. B. dem Fall, daß ein Privatmann sich an einen Bankier wegen Ankaufs von Werthpapieren wendet (R.G.E. XXXXIII S. 111), weder für das Eine noch für das Andere (vgl. aus der Praxis R.O.H.G. VI S. 182 ff., VII S. 180, XII S. 121, XVIII S. 195, XIX S. 66, XX S. 309). Die Parteien können die Form des Auftrages wählen und doch in Wahrheit ein Propregeschäft meinen. Das Wort „Auftrag" oder „beorderte Waare" oder „Besorgung" kann selbstverständlich nicht entscheiden, denn im kaufmännischen Verkehr versteht man unter „Auftrag", „Order" jede schriftliche Bestellung (R.O.H.G. XVIII S. 201), auch der Ausdruck „in Kommission geben" kann als Kauf auf Probe gemeint sein (Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Nr. 247); unter „Besorgung" wird auch die Lieferung verstanden (R.O.H.G. III S. 44). Umgekehrt können Worte wie „Anbieten", „Bestellen" nicht für den Kauf entscheiden (v. Hahn zu Art. 360 § 9). Wird eine besondere prozentuale Gebühr vom Fakturapreise als „Kommissionsprovision" vereinbart, so liegt darin zwar ein Indiz, daß Einkaufskommission und nicht Propregeschäft gemeint ist, aber es ist nicht ausgeschlossen, daß bei dem Lieferungsgeschäft auf eigene Rechnung der Kaufpreis in der Weise vereinbart ist, daß der Verkäufer zu dem fest bedungenen Preise einen Zuschlag erhält (R.O.H.G. XII S. 121, XIV S. 27, R.G.E. III S. 109 f., vgl. Breit, Selbsteintrittsrecht S. 3). Nicht einmal der hinzukommende Umstand, daß der die Provision Erhaltende als Einkaufskommissionär sonst auftritt, kann ausschlaggebend sein, denn Einkaufskommissionäre schließen meist zugleich Propregeschäfte. Ist vielmehr ein fester Preis vereinbart, so wird trotzdem Kauf anzunehmen sein (vgl. Busch IX S. 221, Seuffert XLII Nr. 312, R.G.E. III S. 110). Ueberhaupt spricht bei Preisvereinbarung die Vermuthung gegen die Absicht der Kontrahenten, das Geschäft als Kommission beurtheilt wissen zu wollen (R.O.H.G. XVIII S. 199, R.G.E. V S. 86). Umgekehrt weist die Vereinbarung oder wirkliche Vornahme einer Rechnungslegung seitens des „Beauftragten" meist auf Kommission hin (R.G.E. V S. 87). — Dagegen entscheidet der Umstand, daß der Empfänger dem Absender den Betrag der Faktur gutschreibt, nicht für Kauf, er kommt auch bei Verkaufskommissionen vor (R.O.H.G. XIX S. 72). — Nicht Kommissionär des Verlegers ist der Sortimentsbuchhändler, es liegt hier ein Kaufgeschäft mit eigenthümlichen Bedingungen vor (v. Hahn zu Art. 360 Anm. 12, Klostermann in Endemanns Hdb. III S. 740).

6. Was die **rechtliche Natur des Kommissionsvertrages** betrifft, so wird es sich gewöhnlich um einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, handeln (nicht wie die Denkschrift und Staub § 383 Anm. 18 meint, einen Dienstvertrag. Vgl. Wandelt, Die rechtliche Natur des Kommissionsgeschäfts Diss. 1897 S. 23 ff. Die Frage ist nicht ohne praktische Bedeutung, z. B. hinsichtlich des Kündigungsrechtes des Kommissionärs, vgl. unten Nr. 15). Auftrag ist meist ausgeschlossen, weil der Vertrag gewöhnlich entgeltlich ist (vgl. §§ 396, 354). Indessen darf man nicht den Kommissionsvertrag schlechtweg für einen Werkvertrag erklären. Denn die Entgeltlichkeit ist ihm nicht gerade wesentlich. Es kann ein Kaufmann als solcher auch eine unentgeltliche Kommission übernehmen. Dies ist freilich nicht schon dann der Fall, wenn zwei Kaufleute gegenseitig ohne besonderes klingendes Aequivalent sich Kommissionsaufträge besorgen, denn das Aequivalent besteht hier eben in dem Gegendienst (Grünhut S. 46). Wohl aber kann der Kaufmann aus Gefälligkeit gewissen Kunden gegenüber wirklich unentgeltliche Kommissionen übernehmen (v. Hahn zu Art. 360 § 3, vgl. R.G.E. XXXIII S. 110). Solchenfalls würde der Kommissionsvertrag als Auftrag aufzufassen sein. In Wahrheit ist die ganze Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Auftrag von keiner großen Bedeutung, da das B.G.B. § 675 den größten Theil der über den Auftrag geltenden Vorschriften auf den eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habenden Werkvertrag Anwendung finden läßt und im Uebrigen die besonderen Sätze des H.G.B. eingreifen. — Was die Art des Entgelts (die Provision) betrifft, so wird es sich gewöhnlich um einen prozentualen Betrag vom Erlös des Geschäfts Nr. 11.

Digitized by Google

handeln und insofern ein gewisses Gesellschaftselement im Kommissionsvertrag liegen. Indessen wird damit der Kommissionsvertrag nicht zur Gesellschaft, denn es kommt hier nicht die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in Frage, vielmehr verfolgt der Kommittent ganz andere Zwecke, als der Kommissionär, jener will den Abschluß des Geschäfts, dieser die Provision.

Nr. 12. 7. Die **Fähigkeit zur Eingehung** des Kommissionsvertrages bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Das Gleiche gilt vom **Abschluß** des Kommissionsvertrages.[1]) Insbesondere finden beim Abschluß unter Abwesenden die Bestimmungen des B.G.B. §§ 145—151 Anwendung[2]) (über den Fall unrichtiger Uebermittelung der Kommission B.G.B. §§ 120, 122). Danach kann der Abschluß auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen. Wieweit im Schweigen des einen Theiles auf die ihm zugegangene Offerte eine Annahme liegt, ist Thatfrage.[3]) Insbesondere ist hier auf § 362 zu verweisen.

Nr. 13. 8. **Erfüllungsort** für den Kommissionär ist im Zweifel[4]) der Ort seines Wohnsitzes, beziehungsweise seiner Geschäftsniederlassung zur Zeit der Eingehung des Vertrages (B.G.B. § 269), aber auch für den Kommittenten wird nach der Natur des Kommissionsvertrages dieser Ort, nicht der Ort des eigenen Wohnsitzes, als Erfüllungsort anzunehmen sein. Bei Statutenkollisionen wird also als maßgebende lex im Zweifel das Recht des Wohnsitzes, beziehungsweise der Geschäftsniederlassung des Kommissionärs anzusehen sein (R.O.H.G. VIII S. 10 ff., XII S. 414, R.G.E. X S. 91, XVII S. 32, Bolze XV Nr. 9, Grünhut S. 98), das Gericht dieses Ortes wird also forum solutionis sein. Die Annahme, daß die Verpflichtung des Kommittenten zur Zahlung der Provision ihrem besonderen Recht untersteht, würde zur Zerreißung des einheitlichen Verhältnisses führen, sie ist aus dem Grunde nicht gerechtfertigt, weil diese Verpflichtung nur nebensächliche Bedeutung gegenüber der Ausführung der Kommission hat (Burchard, Spedition S. 105, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 190, anderer Ansicht dasselbe Gericht ebenda S. 191. Vgl. auch R.G.E. XXIII S. 413, Bolze I Nr. 34, 37, II Nr. 22, IV Nr. 26).

Nr. 14. 9. Ueber die **Auflösung** des Kommissionsvertrages normirt das bürgerliche Recht. Darnach wird der Vertrag, abgesehen von der Erledigung durch Ausführung der Kommission, aufgehoben:

a) Durch die Kündigung eines der beiden Theile. Dabei hat

α) der Kommittent schlechthin freies Kündigungsrecht (B.G.B. §§ 649, 671 Abs. 1), soweit die Kommission noch nicht ausgeführt ist (R.O.H.G. V S. 280,

---

[1]) Das auszuführende Geschäft muß mit der genügenden Bestimmtheit angegeben sein. Ganz unbeschränkte Kommissionsertheilungen, z. B. Börsenoperationen nach freiem Belieben vorzunehmen, ermangeln meist solcher Bestimmtheit (vgl. Seuffert XXXIV S. 173). Es muß ferner erlaubt sein. Kommissionen zu unerlaubten Geschäften sind unverbindlich. Ueber die Kommission zu Börsenterminegeschäften oben § 376 Nr. 103. Nicht unerlaubt ist die Kommission zum Vertrieb von Lotterieloosen nach Staaten, die dies verbieten (Seuffert LIV Nr. 11).

[2]) Die Gebundenheit des offerirenden Kommittenten aus B.G.B. § 145 wird freilich durch das ihm frei zustehende Kündigungsrecht (B.G.B. §§ 649, 671 Abs. 1) beseitigt. — Andererseits nützt dem Kommissionär an sich nicht, daß er sofort mit Ausführung der Kommission begonnen hat. Er muß vielmehr die Annahme der Offerte dem Kommittenten rechtzeitig zugehen lassen, es sei denn, daß der Kommittent auf die Erklärung der Annahme verzichtet hat (was vielfach anzunehmen sein wird, vgl. Burchard, Spedition S. 88), oder solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist (B.G.B. § 151), selbstverständlich vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen des H.G.B. § 362. Unterläßt er die rechtzeitige Erklärung der Annahme an den Kommittenten, so ist dieser an das Geschäft nicht gebunden, der Kommissionär hat auf eigene Gefahr gehandelt (Grünhut S. 80—82).

[3]) Zu weit gehend ist die Ansicht von Grünhut, daß das Schweigen des berufsmäßigen Kommissionärs, dem ein in seinen Gewerbebetrieb einschlägiger Auftrag mit dem Verlangen sofortiger Ausführung zugeht, stets als Annahme zu gelten habe (S. 87—89).

[4]) Der Vertrag kann natürlich ein Anderes bestimmen. Ist Gegenstand der Kommission die Ausführung von Börsengeschäften an einer bestimmten Börse, so ist diese Erfüllungsort (R.G.E. XXIII S. 413, vgl. O.L.G. Dresden in Z. XL S. 528, O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 498).

Digitized by Google

VII S. 381). Selbst wenn er auf das Kündigungsrecht im Voraus verzichtet hat,[1]) kann er doch frei kündigen. Einer bestimmten Form bedarf der Widerruf nicht, er muß sich nur deutlich als solcher manifestiren.

Die Anstellung der Klage auf Rückgabe des Kommissionsgutes würde jedenfalls solche deutliche Manifestation sein (R.O.H.G. VII S. 381, XVI S. 305, 336). Ebenso die Mittheilung, daß der Kommittent die zur Verkaufskommission bestimmte Waare selbst verkauft habe (Grünhut S. 371). Ist zur Zeit des erfolgten Widerrufes — der als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dem Kommissionär zugegangen sein muß — die Kommission überhaupt noch nicht ausgeführt, so wirkt der Widerruf völlig zerstörend. Ist dagegen mit der Ausführung schon begonnen, z. B. die bindende Offerte an den Dritten schon abgegeben oder gar das Ausrichtungsgeschäft schon abgeschlossen, so wirkt der Widerruf nur für die Zukunft, dagegen nicht für die Vergangenheit. Der Kommittent hat vielmehr das bereits Geschehene anzuerkennen (R.O.H.G. XX S. 323). (Ueber den Fall des Selbsteintritts bei § 405.) Dabei hat der Kommittent den erfolgten Widerruf, der Kommissionär die Ausführung der Kommission zur Zeit der Wirksamkeit des Widerrufes zu beweisen (R.O.H.G. V S. 281, 282, XVI S. 305). Hinsichtlich des Anspruches des Kommissionärs auf die Provision siehe bei § 396. Kündigt der Kommittent ohne Grund, obwohl er die Kommission für feste Zeit ertheilt hat, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet (R.O.H.G. VII S. 381, XVI S. 379, XXIII S. 324 ff.). Hinsichtlich der justa causa vgl. Bolze XX Nr. 425 (Erblindung des Kommissionärs da kein Kündigungsgrund, wo die Ausführung auch durch die Hülfskräfte des Kommissionärs möglich ist). Ueber den Widerruf bei Selbsteintritt des Kommissionärs bei § 405.

β) Dagegen hat der Kommissionär bei entgeltlicher Kommission nicht freies Nr. 15.
Kündigungsrecht (anders, wenn man den Kommissionsvertrag als Dienstvertrag auffaßt (B.G.B. § 627), wohl aber bei unentgeltlicher (B.G.B. § 671). Ist der Kommittent mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen, z. B. Sendung des Kommissionsgutes, in Verzug, so greift B.G.B. § 326 für den Kommissionär Platz (auch § 326 Abs. 2 kann hier zur Anwendung gelangen, ebenso B.G.B. § 361, z. B. bei Aufträgen an einen Bankier fixen Inhalts). Vgl. auch Denkschr. I S. 241, 242, wo dies grundsätzlich anerkannt ist.

b) Durch objektive Unmöglichkeit der Ausführung, z. B. die zu ver- Nr. 16.
kaufende Waare oder der zu präsentirende Wechsel gehen auf dem Transport zu Grunde (Grünhut S. 382). Der Beweis der unverschuldeten Unmöglichkeit liegt dem Kommissionär ob (B.G.B. § 282).[2])

c) Tod oder eintretende Geschäftsunfähigkeit des Kommittenten Nr. 17.
heben den Vertrag im Zweifel nicht auf (B.G.B. §§ 675, 672). Doch kann sich, zumal wenn der Kommittent ein Nichtkaufmann ist (Grünhut S. 387), aus der Sachlage das Gegentheil ergeben. Aber auch diesenfalls hat der Kommissionär, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung der übertragenen Kommission fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Kommittenten anderweit Fürsorge treffen kann, und es gilt die Kommission insoweit als fortbestehend (B.G.B. §§ 675, 672). Ist er in unverschuldeter Unkenntniß vom Tode des Kommittenten, so gilt zu seinen Gunsten die Kommission als fortbestehend (B.G.B. §§ 675, 674). — Tod des Kommissionärs hebt nach B.G.B. im Zweifel die Kommission auf (B.G.B. §§ 675, 673). Doch wird dieser Satz für den Handel nur mit großer Vorsicht anzuwenden sein. Zumal die einer Firma ertheilte Kommission wird durch Tod des Firmeninhabers meist nicht als erloschen gelten, das Gleiche wird vielfach bei Veräußerung von Geschäft und Firma anzunehmen sein.[3]) Vielfach wird es dem Willen des Kommittenten entsprechen, daß der neue Firmeninhaber die Kommission ausführt.[4]) Nur bei solchen Kommissionen, die ein ganz besonderes Vertrauen zu der

---

[1]) Solch' Verzicht kann auch durch den Handelsgebrauch gegeben sein; in Berlin existirt aber ein dahin gehender Handelsgebrauch nicht (Dove-Apt S. 58 Nr. 45).

[2]) Doch darf der Verkaufskommissionär auch dann nicht die Waare einfach zurückschicken, sondern muß erst um Ertheilung anderweiter Dispositionen einkommen, sonst haftet er dem Kommittenten für den entstehenden Schaden, Bolze XIV Nr. 361a.

[3]) Noch weniger bei Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Firma Bolze I Nr. 959.

[4]) Gegen die im Text vertretene Ansicht Bolze IX Nr. 333.

Digitized by Google

konkreten Person voraussetzen, wird man den Tod als Erlöschungsgrund betrachten müssen, hinsichtlich der Erben des Kommissionärs gilt dann B.G.B. §§ 675, 673.

Erlöschen der Firma des Kommissionärs ist an sich ebenfalls kein Erledigungsgrund der Kommission.

Nr. 18. d) Konkurs über das Vermögen des Kommittenten ist regelmäßig Erlöschungsgrund, R.K.O. § 23 Abs. 2. Doch hat der Kommissionär, bis der Konkursverwalter Fürsorge treffen kann, falls mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des Geschäfts fortzusetzen. Vgl. dazu R.K.O. § 27. Dagegen erlischt die Kommission durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommissionärs nicht. Hier greift vielmehr R.K.O. § 17 durch (vgl. Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 550, 551).

Nr. 19. 10. **Aelteres Recht.** Der Begriff des Kommissionsgeschäfts war im älteren Recht (Art. 360, 378) insofern ein anderer, als das Ausrichtungsgeschäft nothwendig ein Handelsgeschäft sein mußte, wobei man wieder stritt, ob es ein solches auf Seite des Kommittenten (falls dieser es selbst abgeschlossen hätte) oder auf Seite des Kommissionärs sein müßte. Der letzteren Ansicht hat sich neuestens das Reichsgericht angeschlossen (R.G.E. XL S. 88). War das Ausrichtungsgeschäft ein Immobiliargeschäft, so lag nach älterem Recht wegen Art. 275 niemals ein Kommissionsgeschäft vor. Im älteren Recht wurde auch das entgeltliche Kommissionsgeschäft als Mandat konstruirt, erschien deshalb auch auf Seite des Kommissionärs frei kündbar.

Das ältere Recht findet Anwendung auf alle vor dem 1. Jan. 1900 ertheilten Kommissionen (Art. 170 des E. B.G.B.). Art. 171 des E. B.G.B. ist hier nicht maßgebend, da es sich nach älterem Recht um einen Auftrag, nach neuerem um einen Werkvertrag handelt.

§ 383.

Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.

Entw. I § 355, II § 375; Denkschr. I S. 230—232, II S. 3251, 3252; A. D. H.G.B. Art. 360 Abs. 1.

Nr. 1. Vgl. zu § 383 das bei § 1 Nr. 62 Bemerkte. Das Gesetz erklärt somit nur die gewerbsmäßigen Einkaufs- und Verkaufskommissionäre von Waaren und Werthpapieren (über diese Begriffe bei § 1 Nr. 44—49) für Kommissionäre. Damit kehrt es zu einer früher vielfach üblichen Begrenzung zurück (Grünhut S. 47 Anm. 13).

Nr. 2. 1. **Einkaufskommissionäre** sind diejenigen (Kaufleute), die es gewerbsmäßig übernehmen, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung des Kommittenten in eigenem Namen zu kaufen. Der Zweck ihres Gewerbes muß also auf Uebernahme des Abschlusses eines Kaufes oder des Abschlusses eines Werklieferungsvertrages (§ 406 Abs. 2) als Käufer, beziehungsweise Besteller für Rechnung des Kommittenten gerichtet sein. Der Drittkontrahent soll als Verkäufer, beziehungsweise beim Werklieferungsvertrag als Unternehmer figuriren. Daß das Gewerbe nur darauf gerichtet ist, ist nicht nothwendig, die Einkaufskommissionäre können und werden meist zugleich sein Verkaufskommissionäre und Proprehändler. Gleichgültig ist auch, ob Groß- oder Kleinbetrieb, Platz- oder Distanzhandel bezweckt ist. Stets aber muß gewerbsmäßiger Betrieb vorliegen (über den Begriff des Gewerbes in § 1 Nr. 3 f.). Die kommissionsweise Uebernahme einzelner Kaufgeschäfte macht nicht zum Einkaufskommissionär, kann aber aus § 406 Abs. 1 die Anwendbarkeit der Vorschriften dieses Abschnittes bedingen. Gleichgültig ist auch, ob Selbsteintrittsrecht besteht oder nicht. Nur Abschluß von Kauf und Werklieferungsvertrag bilden das Objekt der gewerbsmäßigen Uebernahme. Weder Tausch, noch Miethe, noch Werkvertrag, noch Lombardgeschäfte sind geeignet, doch wird die Kommission zum Abschluß solcher Geschäfte aus § 406 Abs. 1 den Grundsätzen vom Kommissionsgeschäft unterliegen. Auch das Differenzgeschäft ist nicht geeignetes Objekt gewerbsmäßiger Uebernahme, denn es gilt nach B.G.B. § 764 als Spiel. Doch wird es Kommissionäre, die nur Differenzgeschäfte gewerbsmäßig zu besorgen übernehmen, nicht geben, vielmehr werden solche zugleich Effektivgeschäfte besorgen, also aus letzterem Gesichtspunkt Einkaufskommissionäre sein.

Waaren oder Werthpapiere, gleichgültig, ob markt- beziehungsweise börsengängige oder andere, müssen das Objekt des Kaufgeschäfts bilden, also nicht Grund-

Digitized by Google

stücke, unverbriefte Rechte, Vermögensinbegriffe (Erbschaften, Geschäfte). Doch ist auch hier § 406 Abs. 1 zu beachten. Ob die Waare oder das Werthpapier vertretbar oder nicht vertretbar ist, ist ebenso gleichgültig wie der Umstand, ob der Kauf Gattungs- oder Spezieskauf ist. Völlig unerheblich ist die Art des Kaufes (Baar-, Kredit-, Pränumerationskauf), der Zweck, den der Kommittent beim Kauf verfolgt, die Bedingtheit oder Unbedingtheit des Kaufes.

2. **Verkaufskommissionäre** sind diejenigen (Kaufleute), die es gewerbsmäßig über- Nr. 3.
nehmen, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung des Kommittenten in eigenem Namen zu verkaufen. Sie wollen also als Verkäufer, beziehungsweise beim Werklieferungsvertrag als Unternehmer für Rechnung des Kommittenten auftreten, der Drittkontrahent soll Käufer, beziehungsweise Besteller sein. Sollen sie nur die Verkaufskommission selbst einem Anderen ertheilen (Exportkommissionäre, vgl. Reichsstempelgef. § 11 Abs. 2, R.O.H.G. VIII S. 119 ff., XXII S. 80, R.G.E. V S. 12 ff., vgl. über ihre Pflichten O.L.G. Hamb. in Z. XL S. 526, Bolze III Nr. 618), so sind sie nicht Verkaufskommissionäre. Für die Verkaufskommissionäre gilt das für die Einkaufskommissionäre Bemerkte entsprechend. Für überseeische Verkaufskommissionen ist der Ausdruck Konsignationsgeschäft üblich, der Kommissionär heißt Konsignatar, der Kommittent Konsignant (R.O.H.G. VI S. 312, VIII S. 121, R.G.E. V S. 11, 85).[1]) Pacotillevertrag ist die dem Seemann ertheilte Kommission zum Verkauf von in ihren Koffern mitgenommenen Waaren (Grünhut S. 47 Anm. 13). Keine Verkaufskommissionen, sondern Propregeschäfte sind die sogen. Indentgeschäfte (R.G.E. V S. 85, XX S. 112).

3. Das **ältere** Recht erklärte als Kommissionär denjenigen, der gewerbsmäßig in Nr. 4.
eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers Handelsgeschäfte abschloß (Art. 360 Abs. 1), also z. B. auch den Versicherungskommissionär. Letzterer ist jetzt nicht mehr Kommissionär, kann aber, sofern er nicht aus einem anderen Grunde Kaufmann ist, nach § 2 Kaufmannsqualität erwerben. Die von ihm vor dem 1. Januar 1900 übernommenen Kommissionen unterstehen dem alten Recht.

§ 384.

Der Kommissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Er hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen; er ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Der Kommissionär haftet dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

Entw. I §§ 356, 379, II § 376; Denkschr. I S. 233, 242, II S. 3252, 3253; A. D. H.G.B. Art. 361; Börsengesetz § 74 Abs. 1.

I. **Vorbemerkung.** Die Thätigkeit des Kommissionärs weist ein doppelseitiges Nr. 1.
Gesicht auf. Insofern er mit dem Kommittenten den Kommissionsvertrag schließt, tritt er in ein obligatorisches Verhältniß zu ihm, es entstehen aus dem Vertrage Rechte und Pflichten beider Parteien gegen einander. Insofern er die aufgetragene Kommission ausführt, schließt er — vom Falle des Selbsteintritts abgesehen — mit einer dritten Person das Ausrichtungsgeschäft ab, es entstehen Rechte und Pflichten zwischen dem Kommissionär und dem Dritten. Drei Personen kommen also in Betracht, der Kommittent, der Kommissionär und der Drittkontrahent. Und von diesen drei Personen ist der Kommissionär als Kontrahent bei beiden Verträgen betheiligt, dem Kommissions-

[1]) Doch ist der Ausdruck unbestimmt, er bezieht sich auch auf Exportkommissionen (R.O.H.G. VIII S. 121), auf Schiffskorrespondenten (R.O.H.G. XVII S. 236).

Digitized by Google

vertrag und dem Ausrichtungsgeschäft; der Kommittent ist dagegen nur Gegenkontrahent des Kommissionärs, der Dritte wiederum nur Gegenkontrahent des Kommissionärs. Kommittent und Dritter stehen sich als Kontrahenten selbst nicht gegenüber. Das gilt nicht bloß von der obligatorischen, sondern auch von der sachenrechtlichen Seite des Verhältnisses. Wird Eigenthum an den Dritten in Ausführung des Geschäfts übertragen (Verkaufskommission), so nimmt den sachenrechtlichen Verfügungsakt der Kommissionär, freilich mit Einwilligung des Berechtigten vor (B.G.B. § 185). Wird Eigenthum vom Dritten in Ausführung des Geschäfts übertragen, so geschieht der sachenrechtliche Akt an den Kommissionär. Also auch beim Traditionsakt sind grundsätzlich Erwerber und Veräußerer der Kommissionär und der Dritte, während der Kommittent sich daran weder gebend noch nehmend (sondern nur die Gabe bewilligend), unmittelbar betheiligt.

Nr. 2. Wie bereits ausgeführt ist, befaßt sich das Handelsgesetzbuch grundsätzlich (Ausnahme § 392) nur mit den Beziehungen des Kommittenten zum Kommissionär. Und auch diese regelt es nicht vollständig. Denn einmal überläßt es die Frage, inwieweit der Kommissionsvertrag die sachenrechtlichen Verhältnisse des Kommittenten zum Kommissionsgut beeinflußt, dem bürgerlichen Recht; nur durch Statuirung des gesetzlichen Pfandrechts (§ 397) des Kommissionärs greift es auch in das dingliche Rechtsgebiet über. Sodann aber erschöpft es selbst die obligatorischen Beziehungen beider zu einander durch seine Normen nicht. Hinter ihm steht das B.G.B., dessen Bestimmungen (§§ 665—670) ergänzend eintreten. Die Erläuterung der Paragraphen des H.G.B. kann sich jedoch auf die vom Gesetze gesteckten Grenzen nicht beschränken, sie ist gezwungen, die obligatorischen, wie die dinglichen Wirkungen, die sich als Folgen sowohl des Kommissionsvertrages als der Ausführung der Kommission ergeben, in ihrer Allgemeinheit zu berücksichtigen. Dies wird am besten bei den einzelnen Bestimmungen je nach der wirthschaftlichen Verwandtschaft der Verhältnisse geschehen.

Nr. 3. II. **Pflichten des Kommissionärs.** Der an die Spitze gestellte § 384 enthält in seinen beiden ersten Absätzen die Normirung der Hauptpflichten des Kommissionärs. Als solche stellt er hin:

1. Gewissenhafte Ausführung der Kommission,
2. gehörige Informirung des Kommittenten über die Erledigung der Kommission,
3. Herbeiführung des beabsichtigten wirthschaftlichen Resultats der Ausführung, d. h. Rechenschaftsablage und Auskehrung des Erhaltenen an den Kommittenten (Abwicklungsgeschäft, vgl. Reichsstempelgesetz §§ 7, 8).

Absatz 3 fügt dann eine spezielle Bestimmung an, die besser bei § 394 Platz gefunden hätte.

Die in den beiden ersten Absätzen statuirten Pflichten des Kommissionärs sind keine Besonderheit des Kommissionsgeschäfts. Sie ergeben sich ohnehin aus dem B.G.B. §§ 276 (vgl. H.G.B. § 347 Abs. 1), 631, 675, 666, 667. Das Gesetz hat es nur für nöthig befunden, sie eindringlich hervorzuheben. Uebernehmen mehrere Kaufleute eine Kommission, so haften sie im Zweifel als Gesammtschuldner, B.G.B. § 427, bei Untheilbarkeit der Ausführung stets als solche, B.G.B. § 431.

Nr. 4. 1. Der Kommissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen, das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen Folge zu leisten. Das will besagen:

a) Er hat das **übernommene Geschäft** auszuführen, oder wie sich das alte H.G.B. (Art. 361) ausdrückte, er hat „gemäß dem Auftrage" zu handeln. Führt er nicht das übernommene, sondern ein anderes Geschäft aus, so handelt er nicht als Kommissionär. Verkaufte er, wo er einkaufen sollte, oder kaufte er ein, wo er verkaufen sollte, so führt er zweifellos ein anderes, als das übernommene Geschäft aus. Ebenso, wenn er eine andere Waare oder ein anderes Werthpapier einkauft, als die ihm aufgetragenen, oder wenn er einen Solawechsel ausstellt, statt eine Tratte zu ziehen, oder wenn er als Stellvertreter kontrahirt, statt in eigenem Namen zu kontrahiren, oder wenn er vom Selbsteintritt Gebrauch macht, ohne daß dessen Voraussetzungen vorliegen. Er kann sich solchenfalls auch nicht darauf berufen, daß er vom Kommittenten Schaden abgewendet oder ihm Nutzen eingebracht hat. Der Kommittent braucht das Geschäft nicht gelten zu lassen. Er kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Kommission dunkel und zweideutig war. Er hätte dann vorher Aufklärung

Digitized by Google

einholen müssen, wobei es genügen wird, daß er dem Kommittenten seine Ansicht über den Sinn der Kommission mittheilt und angemessene Zeit bis zum Eintreffen der Antwort wartet. Erfolgt seitens des Kommittenten nicht eine andere Deutung, so wird er für befugt erachtet werden dürfen, die seinige für die richtige zu halten. — Er führt ein anderes Geschäft aber auch dann aus, wenn er gegen einen gemessenen Auftrag, und sei es auch nur in Kleinigkeiten, Einzelheiten, die den ganzen Charakter des Geschäfts nicht tangiren, verfährt. Der Kommittent kann nämlich auf gewisse Punkte entscheidendes Gewicht legen, er will unter keinen Umständen, daß der Kommissionär davon abweiche (sogen. imperative Instruktion, Grünhut S. 108, 109), weder darüber noch darunter, z. B. er schreibt vor, daß nur zu dem bestimmten Preise gekauft oder verkauft werden soll, weil er damit auf den Kurs einwirken, oder weil er dem einem Dritten gegenüber abgegebenen Versprechen nachkommen will, oder daß nur gegen Baar verkauft, nur Wein von bestimmtem Jahrgang, oder nur Waare einer bestimmten Firma gekauft werden solle u. dgl. mehr. Weicht der Kommissionär davon ab, so hat er nicht das Geschäft ausgeführt, das er übernommen hat. Auch in diesem Falle darf er sich nicht darauf berufen, daß er vom Kommittenten Schaden abgewendet hat. Der Kommissionär durfte nicht annehmen, daß der Kommittent die Abweichung billigen würde (B.G.B. §§ 675, 665). Der Kommittent hat es in seiner Hand, das Geschäft zu bestimmen, und es stand dem Kommissionär nicht zu, sich darüber hinwegzusetzen (R.O.H.G. VI S. 314, R.G.E. VI S. 53). Den Gegensatz zur gemessenen Weisung bildet die sogen. demonstrative (Grünhut S. 113). Hier sind zunächst die Modalitäten des Geschäfts auch in gewissen Beziehungen präzisirt, aber nicht in der Absicht, den Kommissionär daran unbedingt zu binden, sondern unter dem Vorbehalt, daß, falls die Lage der Dinge eine Abweichung erheischen sollte, der Kommissionär berechtigt und verpflichtet sein solle, im Interesse des Kommittenten abzuweichen; solchenfalls hat der Kommissionär mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prüfen, ob die Abweichung geboten ist, er hat Instruktionen vom Komittenten einzuholen, geht dies aber nicht an, weil Gefahr im Verzuge ist, so kann und soll er auch ohne solche im Interesse des Kommittenten abweichen, und es kann der Umstand, daß der erhoffte Vortheil für den Kommittenten durch die Abweichung nicht erzielt, oder daß geradezu dem Kommittenten dadurch Schaden erwachsen ist, dem Kommissionär, der pflichtgemäß gehandelt hat, nicht zur Last gelegt werden (B.G.B. §§ 675, 665). — Wann gemessene, wann bloß demonstrative Weisung vorliegt, hat der Kommissionär sorgfältig zu prüfen. Doch wird man bezüglich der Einzelheiten des Geschäfts[1]) die gemessene Weisung als Ausnahme, die demonstrative als Regel ansehen dürfen. Der Kommittent muß also, will er einen gemessenen Auftrag, z. B. bezüglich der Preishöhe, ertheilen, dies klar und unzweideutig sagen. Andernfalls wird der Kommissionär zum Vortheil des Kommittenten davon abweichen, also billiger einkaufen, theurer verkaufen dürfen, ja pflichtgemäß müssen, denn er soll möglichst im Interesse des Kommittenten handeln (Grünhut S. 118, Seuffert XXI Nr. 149, R.O.H.G. XII S. 187). — Der Kommissionär hat ferner das ganze Geschäft auszuführen. So wenig er dem Geschäft etwas hinzufügen darf, z. B. mehr einkaufen darf, als ihm aufgetragen ist, so wenig steht es ihm zu, das Geschäft nur theilweise auszuführen. Ersterenfalls brauchte der Kommittent das Plus nicht anzunehmen, letzterenfalls könnte er die theilweise Ausführung ablehnen. Bezog sich die Kommission auf mehrere Geschäfte, so wird zu untersuchen sein, ob eine einheitliche Kommission oder mehrere Kommissionen vorliegen. Das Erstere ist der Fall, wenn die mehreren Geschäfte in innerlichem Konnex zu einander stehen, z. B. die Ausrüstung eines Schiffes betreffen. Diesenfalls liegt in der Ausführung nur eines Geschäfts Nichtausführung der Kommission, letzterenfalls ist jede Kommission für sich zu beurtheilen (Grünhut S. 127 ff.).

b) Er hat das übernommene Geschäft **auszuführen**, d. h. er hat diejenige Nr. 5.
Geschäftsbesorgung, die ihm durch den Kommissionsvertrag auferlegt ist, vorzunehmen. Da nun als Essentiale des Kommissionsvertrages erkannt ist, daß der Kommissionär sich zum Abschlusse eines Geschäfts verpflichte, so ist er jedenfalls verpflichtet, das Geschäft abzuschließen, die bloße Vorbereitung des Abschlusses ist keine Ausführung der Kommission. Der Kommissionsvertrag kann ihn aber nicht bloß zum Abschluß des

[1]) Anders bezüglich des juristischen Charakters des Geschäfts (Einkauf, Verkauf), und des Objekts des Geschäfts (Art und Qualität der Waare) Grünhut S. 124, 125. Dadurch erledigen sich die Bemerkungen von Löwenfeld in Z. XXVI S. 344.

Digitized by Google

Geschäfts, sondern zu weiteren, die Vollziehung des abgeschlossenen Geschäfts bewirkenden Handlungen verpflichten, z. B. zur Uebergabe der verkauften Waare an den, zur Abnahme der gekauften Waare von dem dritten Kontrahenten, Uebersendung der gekauften Waare an den Kommittenten — so daß nicht bloß der dritte Kontrahent aus dem abgeschlossenen Geschäft, sondern auch der Kommittent aus dem Kommissionsvertrag einen Anspruch gegen den Kommissionär auf Vornahme solcher Handlungen hat. Man darf dies nicht etwa dahin auffassen, daß neben dem Kommissionsvertrage ein besonderer Werkvertrag abgeschlossen wird, vielmehr gehören auch derartige Abmachungen in den Kommissionsvertrag, so daß auch hinsichtlich der daraus entstehenden Forderungen gegen den Kommittenten z. B. das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs aus § 397 Platz greift (vgl. R.O.H.G. I S. 84, XX S. 316 ff.). Es ist sogar als Regel anzusehen, daß dem Kommissionär die ganze Abwicklung des Geschäfts übertragen wird (Grünhut S. 267). — Umgekehrt umfaßt die Geschäftsbesorgungspflicht auch dem Abschlusse des Geschäfts voraufgehende Handlungen, wie aus §§ 388—390 sich ergiebt, dahin können auch Rath- und Auskunftsertheilungen gehören (R.G.E. XIX S. 100, 101, XXVII S. 123, Bolze III Nr. 622, O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 525; vgl. ferner oben § 347 Nr. 17).

Nr. 6. Was den Ort der Ausführung betrifft, so hat — mangels besonderer Vorschrift des Kommittenten, die im Zweifel aber nur einen demonstrativen Charakter trägt — der Kommissionär an dem Orte seiner Handelsniederlassung auszuführen (B.G.B. § 269, vgl. oben S. 202 Nr. 13). — Hinsichtlich der Zeit der Ausführung ist zu unterscheiden, ob besondere Vorschriften vom Kommittenten ertheilt sind[1]) oder nicht. Ersterenfalls hat sich der Kommissionär an diese strikt zu halten, wenn sie gemessen sind; sind sie nur demonstrativ, so darf und soll er davon abweichen, wenn er nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu der Ueberzeugung gelangt, daß die Ausführung zu diesem Zeitpunkte dem Kommittenten nachtheilig ist. Der Kommittent kann möglicherweise auch nur die Frist angeben, innerhalb deren auszuführen ist. Diesenfalls hat der Kommissionär innerhalb der Frist mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns den Zeitpunkt zu wählen, der als der vortheilhafteste für den Kommittenten erscheint. Ist ihm überhaupt keine Vorschrift über die Zeit der Ausführung ertheilt, so steht es ihm frei, nach gewissenhaftem Ermessen den Zeitpunkt der Ausführung zu wählen, er darf aber nicht grundlos die Ausführung hinausschieben, er muß bei der ersten günstigen Gelegenheit ausführen, sonst geräth er in Verzug und hat die Verzugsfolgen zu tragen (Grünhut S. 147 ff.).

Nr. 7. Die Ausführung liegt im Zweifel dem Kommissionär in Person ob,[2]) d. h. er darf im Zweifel nicht die ganze Ausführung der Kommission einem Anderen übertragen. Wohl aber kann er sich bei Ausführung der Kommission der Dienste dritter Personen bedienen, z. B. seiner Handlungsgehülfen, deren Verschulden er in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten hat (B.G.B. § 278). Doch kann ihm gestattet sein, die Ausführung einem Anderen zu übertragen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, das Letztere zumal dann, wenn die Ausführung an einem weit entfernten Ort zu erfolgen hat, nach dem zu reisen dem Kommissionär nicht gut zugemuthet werden kann (R.O.H.G. XI S. 146), aber auch dann, wenn nach Lage der Sache es dem Kommittenten gleichgültig sein konnte, wer ausführte (Busch XXII S. 28). In solchen Fällen haftet er für culpa in eligendo, darüber hinaus nicht. Aber auch ohne Gestattung ist er berechtigt und verpflichtet zur sorgfältigen Substitution, wenn die Substitution ohne sein Verschulden unvermeidlich geworden ist, d. h. wenn es ihm ohne Verschulden unmöglich geworden ist, selbst auszuführen, er auch nicht mehr in der Lage ist, Instruktionen einzuholen, und die Hinausschiebung der Ausführung nach seiner redlichen Ueberzeugung die Interessen des Kommittenten gefährden würde (Grünhut S. 316 ff.). Doch darf auch in diesem Falle nicht der Kommittent die Substitution geradezu verboten haben. — Die Substitution kann eine prokuratorische sein, dann entstehen zwischen Substitut und Kommittent unmittelbare Rechtsbeziehungen, oder sie kann eine kommissionsweise sein. Der Kommissionär beauftragt in eigenem Namen für Rechnung des Kommittenten den Substituten, dann entstehen nur Rechts-

[1]) Solche Ertheilung kann auch stillschweigend geschehen, z. B. durch die Form des Auftrages (Telegramm), es können auch Usancen bestehen.

[2]) Der Satz des B.G.B. § 613 trifft zwar die Kommission nicht direkt, wie die Denkschrift annimmt, weil es sich bei der Kommission um einen Werkvertrag handelt, doch entspricht er der Natur der Sache und der historischen Entwicklung.

Digitized by Google

beziehungen zwischen Kommissionär und Substituten, es sind dann zwei Kommissionsverträge da, der eine zwischen Kommittent und Kommissionär, der andere zwischen Kommissionär und Unterkommissionär. Der Kommittent hat dann dem Kommissionär alles zu ersetzen, was dieser seinem Unterkommissionär gerechtfertigt geleistet hat, und hat andererseits Anspruch auf Abtretung aller Ansprüche gegen den Unterkommissionär sowie auf Herausgabe dessen, was der Kommissionär vom Unterkommissionär erhalten hat. Für die wirkliche Ausführung der zweiten Kommission haftet der Kommissionär dem Kommittenten mangels anderer Vereinbarung nicht, er haftet nur für den durch Verschulden in der Auswahl des Unterkommissionärs oder in der diesem gemachten Uebermittelung des Auftrages entstandenen Schaden (Grünhut S. 321 ff.).

c) Er hat es mit der **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** auszuführen (vgl. § 390), d. h. er hat alle ihm obliegenden Geschäftsverrichtungen, nicht bloß den Abschluß des Geschäfts, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vorzunehmen, ein Satz, der sich ohnehin aus § 347 Abs. 1 ergiebt. Der Exkulpationsbeweis liegt ihm ob (B.G.B. § 282). Einen solchen erspart ihm nicht der Nachweis, daß der Kommittent selbst ein Versehen begangen habe, er hat sich auch zu befleißigen, die Folgen des fremden Versehens möglichst abzuwenden (R.O.H.G. IV S. 205). Doch treten diesenfalls die Vorschriften des B.G.B. § 254 über Kulpakompensation in Kraft. — Zur Führung des Exkulpationsbeweises ist genügend, daß er nachweist, er sei den Weisungen des Kommittenten nachgekommen. Ist er von der nicht gemessenen Weisung abgewichen, so muß er nachweisen, daß er zur Abweichung durch die Lage der Dinge berechtigt war. Umgekehrt muß der Kommittent nachweisen, daß das Verbleiben bei der nicht gemessenen Weisung auf einer Schuld des Kommissionärs beruhte. Hat er überhaupt keine Weisungen erhalten, so muß er nachweisen, daß er Alles gethan habe, was unter solchen Umständen ein ordentlicher Kommissionär thut; daß gerade der gewählte Modus der gerechtfertigte war, braucht er nicht nachzuweisen, etwaige Monita hat der Kommittent zu spezialisiren (R.O.H.G. XV S. 439, XIX S. 215, Grünhut S. 174, 175, vgl. unten bei § 390). Nr. 8.

d) Er hat das **Interesse des Kommittenten wahrzunehmen**, nicht bloß beim Abschluß des Geschäfts selbst, sondern während der ganzen Dauer der Kommission, insbesondere hinsichtlich der Wahrnehmung der Rechte des Kommittenten mit Bezug auf das Kommissionsgut, den Selbsthülfeverkauf u. s. w. Das Interesse des Kommittenten wahrt er nicht immer, wenn er bei Setzung eines Limito durch den Kommittenten das Limito nach Außen noch mehr einengt, also unbedingt einen höheren Verkaufspreis, beziehungsweise einen niederen Einkaufspreis verlangt; denn dadurch kann er die Ausführung unmöglich machen (vgl. Pfizer in Z. XLII S. 96 ff.). Daß das Interesse des Kommittenten dem eigenen des Kommissionärs vorgeht, ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen und ist speziell durch § 401 belegt. Die Frage der Interessenkollision wird besonders praktisch bei Ausübung des Selbsteintrittsrechts. — Selbst Versehen des Kommittenten befreit ihn von dieser Pflicht nicht (R.O.H.G. IV S. 205). Handelt er absichtlich zum Nachtheil des Kommittenten, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvortheil zu verschaffen, so kann er außer nach allgemeinen Grundsätzen nach Börsengesetz § 79 bestraft werden. Nr. 9.

e) Er hat den **Weisungen des Kommittenten Folge zu leisten**, nicht bloß den bei Abschluß des Kommissionsgeschäfts, sondern auch den nachträglich ertheilten Weisungen, soweit sie mit der Uebernahme der Kommission verträglich sind (Motive zum Entw. I des B.G.B. II S. 535). Wie der Kommittent die Kommission kündigen kann, so kann er auch die Art der Ausführung nachträglich ändern, jedoch nicht jenseits des Rahmens der übernommenen Verpflichtung des Kommissionärs. Hat der Kommissionär Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der Weisung, so hat er den Kommittenten auf die nachtheiligen Folgen aufmerksam zu machen, ebenso, wenn er Grund zu der Annahme hat, daß dem Kommittenten ein Irrthum untergelaufen ist (O.L.G. Colmar in Z. XLIV S. 241). Im Uebrigen vgl. oben bei Nr. 4 und unten bei § 385. Selbstverständlich cessirt die Pflicht zur Folgeleistung, insoweit das Geschäft bereits ausgeführt ist. Eine Verpflichtung, das gehörig ausgeführte Geschäft rückgängig zu machen, besteht nicht. Nr. 10.

2. Der Kommissionär hat dem Kommittenten **die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen.** Dieser Satz entspricht inhaltlich durchaus dem B.G.B. § 666. Einer besonderen Aufforderung zur Mittheilung seitens des Kommittenten bedarf es nicht, die Pflicht des Kommissionärs, den Kommittenten hinsichtlich aller relevanten Nr. 11.

Digitized by Google

Punkte auf dem Laufenden zu erhalten, entspringt unmittelbar aus dem Kommissionsvertrage. Erforderliche Nachrichten sind einmal alle jene, die der Kommittent selbst vorschreibt. Denn, wie auch sonst, gilt hier der Grundsatz, daß der Kommissionär sich an die Weisungen des Kommittenten zu halten hat. Mangels besonderer Vorschrift zählen dahin diejenigen, von denen der Kommissionär nach pflichtgemäßem Ermessen annehmen darf, daß sie auf das Verhalten des Kommittenten von Einfluß sein können, insbesondere hinsichtlich der Preiskonjunkturen, des Zustandes des übersandten Gutes (vgl. § 388 Abs. 1), der Kreditsicherheit des dritten Kunden (Staub § 384 Anm. 10), vgl. R.G.E. XXVII S. 123. Ausdrücklich wird vorgeschrieben die Nachricht von dem vollzogenen Verkauf des schadhaften Gutes (§§ 388 Abs. 2, 373 Abs. 5), sowie die Benachrichtigung vom drohenden und vollzogenen Selbsthülfeverkauf (§ 389).

Nr. 12. Der Kommissionär hat ferner auf Verlangen über den Stand des Geschäfts **Auskunft zu ertheilen** (B.G.B. § 666), und er hat endlich von der Ausführung der Kommission unverzüglich und zwar unaufgefordert (R.O.H.G. XVIII S. 318, XXII S. 183) Nachricht zu geben. „Unverzüglich", d. h. ohne schuldhaftes Zögern (B.G.B. § 121.)[1] Für die objektive Richtigkeit solcher Nachrichten haftet er nicht, sondern nur dafür, daß er dem Kommittenten über die ihnen nach seiner pflichtgemäßen Ueberzeugung innewohnende Glaubwürdigkeit nichts vorenthält. Nachrichten, die er für leeres Gerede hält, braucht er überhaupt nicht mitzutheilen oder muß seiner Ansicht über sie doch Ausdruck geben. Diese Pflicht zu ungesäumter Anzeige ist von ganz besonderer Bedeutung, denn der Kommittent kann, ehe er die Anzeige erhalten hat, nicht mit Sicherheit verfügen. Bis zu der Anzeige ist der Kommissionär in der Lage, auf Kosten des Kommittenten zu spekuliren (R.O.H.G. XVIII S. 318). — Der Kommissionär erfüllt die Pflicht nicht schon dadurch, daß er anzeigt, er wolle das Geschäft so ausführen, wie es ihm aufgetragen sei, sondern er muß die wirklich erfolgte Ausführung anzeigen (R.O.H.G. XI S. 44).[2] Den Drittkontrahenten braucht er nicht in der Anzeige zu benennen, überhaupt nicht zu erklären, daß er mit einem Dritten abgeschlossen habe. Doch treten, falls er die Namhaftmachung des Dritten unterläßt, die eigenthümlichen Folgen des Abs. 3 ein (vgl. außerdem bei § 405).

Nr. 13. Hinsichtlich der Form der sämmtlichen obigen Mittheilungen entscheidet die Lage des Falles. Je nachdem wird einfacher Brief genügen, oder eingeschriebener Brief oder Telegramm, beziehungsweise Telephon erforderlich sein. Der Kommissionär hat auch hier mit der erforderlichen Sorgfalt zu handeln. Insbesondere wird für die Ausführungsanzeige bei Börsengeschäften häufig telegraphische Anzeige geboten sein. Kommt ohne Verschulden des Kommissionärs die Mittheilung nicht oder nicht rechtzeitig an, so trägt die Gefahr der Kommittent.

Nr. 14. Unterlassung der erforderlichen Mittheilungen[3] verpflichtet den Kommissionär zum Ersatz des dem Kommittenten daraus erwachsenden Schadens (vgl. § 388 Abs. 1). Dagegen darf der Kommittent regelmäßig daraufhin nicht das Geschäft ablehnen (R.O.H.G. XI S. 43, vgl. auch Busch XL S. 293), insbesondere wirkt nach Ausführung der Kommission sein Widerruf nicht mehr. Doch kann durch den Kommittenten die pünktliche Erfüllung der Anzeigepflicht (ausdrücklich oder stillschweigend) derart zum Bestandtheil des Kommissionsgeschäftes gemacht werden, daß bei ihrer Nichtbeobachtung die Kommission nicht als ausgeführt betrachtet werden soll (R.O.H.G. XVIII S. 313, R.G.E. XIV S. 124), zumal wenn dem Kommissionär freie Bethätigung in Spekulationsgeschäften eingeräumt ist. Dann darf der Kommittent das Geschäft zurückweisen.

Nr. 15. 3. Der Kommissionär hat dem Kommittenten über das Geschäft **Rechenschaft abzulegen und das aus der Geschäftsbesorgung Erhaltene herauszugeben** (vgl. B.G.B. §§ 675, 666, 667).

---

[1]) Nach Berliner Handelsgebrauch der Bankkommissionär spätestens am nächsten Tage und zwar vor der Börse (Dove-Apt I S. 66 Nr. 3).

[2]) Häufig wird die Anzeige sich mit der wirklichen Ausführung decken, indem der Kommissionär, der von verschiedenen Seiten Kommissionen erhält, durch die Anzeige die einzelnen Geschäfte repartirt, während bis dahin ein Schwebezustand herrscht. Zu weit gehend in dieser Hinsicht Breit S. 108 ff.

[3]) Desgleichen Ertheilung eines schlechten Rathes, der einen integrirenden Theil des Kommissionsgeschäfts bildet (R.G.E. XIX S. 100, XXVII S. 123, XLIII S. 113, Bolze IX Nr. 216, 332, Seuffert XLI Nr. 100, vgl. bei § 347 Nr. 17, 18).

Digitized by Google

a) Er hat **Rechenschaft abzulegen**, d. h. er hat dem Kommittenten völlige Aufklärung über den Erfolg des Geschäfts zu verschaffen (Grünhut S. 233), vornehmlich hat er ihm Rechnung zu legen. Die Rechnungslegung ist der Hauptbestandtheil der Rechenschaftsablage, erschöpft diese aber nicht. Denn sie hat nur den Zweck, über Einnahme und Ausgabe die erforderliche Klarheit zu verschaffen, während es dem Kommittenten darauf ankommt, den Nachweis über die gehörige Ausführung der Kommission überhaupt zu erhalten, z. B. über die Angemessenheit des gezahlten Preises (vgl. § 400 Abs. 2), den Namen und die Sicherheit des Drittkontrahenten (R.O.H.G. X S. 190, VI S. 218, VIII S. 35, Seuffert XV Nr. 45, 124), die Angabe der gekauften Spezies (R.G.E. V S. 6) u. s. w. Jeder Kommissionär ist zur Ablegung der Rechenschaft verpflichtet, auch derjenige, der selbst für die Erfüllung des Geschäfts haftet (§ 394 Abs. 2), auch derjenige, der vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht (§ 400 Abs. 2), ja selbst derjenige, der das Geschäft gar nicht ausgeführt hat. Freilich bestimmt B.G.B. § 666, daß „nach der Ausführung des Auftrags" Rechenschaft abzulegen ist. Aber diese Bestimmung bezieht sich nur auf den Fall, daß es zur wirklichen Ausführung kommt. Widerruft dagegen der Kommittent die Kommission vor der Ausführung oder wird die Ausführung unmöglich, so hat der Kommissionär trotzdem Rechenschaft abzulegen.

Speziell die Rechnungslegung hat in Gemäßheit von B.G.B. § 259 zu erfolgen. Nr. 16.
Es ist also eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder Ausgaben enthaltende Rechnung mitzutheilen, und sind, soweit Belege ertheilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen. Wieweit die Beschaffung von Belegen erforderlich ist, ist eine thatsächliche, der verständigen Beurtheilung des Richters unterliegende Frage (Mot. zum Entw. I des B.G.B., II S. 538). Jedenfalls gehören dahin nur solche Urkunden, deren Inhalt sich wesentlich nur auf die abzulegende Rechnung bezieht, nicht Schriftstücke, die nur nebenbei in Beziehung zu der abzulegenden Rechnung stehen (R.O.H.G. II S. 128). Keineswegs ist eine Rechnung ohne alle Belege ganz abnahmeunfähig. Vielmehr sind die Belege nur insoweit wesentlich, als die Verständlichkeit der Rechnung davon abhängt (Seuffert XXII Nr. 137, R.O.H.G. VII Nr. 24, XXII Nr. 2).[1] Im Uebrigen hat das Unterlassen der Vorlegung von Belegen nur den Nachtheil für den Kommissionär, daß er den Beweis für die betreffenden Posten nicht erbracht hat. Speziell wird dies von den Ausgaben gelten (Debetposten), weil deren Geltendmachung nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Kommissionärs ist (vgl. R.O.H.G. XIII S. 40). Der Kommittent wird insoweit, als Belege nicht erbracht sind, den Kommissionär nöthigen, die Ausgaben zu beweisen. — Doch wird man hinsichtlich kleiner Ausgaben (Porti, Stempel u. dgl.) nicht skrupulös sein dürfen; entsprechen die Ansätze der Wahrscheinlichkeit, so wird man von Belegen absehen können. Ueberhaupt wird da, wo herkömmliche, dem Betrage nach festgestellte Auslagen und Abgänge in Frage kommen, die Beibringung von speziellen Belegen nicht erforderlich sein (Seuffert XV Nr. 47; vgl. v. Hahn zu Art. 361 § 14, auch O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 533). Bezüglich der Einnahmen greift B.G.B. § 259 Abs. 2 Platz. Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, so hat der Kommissionär auf Antrag den Offenbarungseid zu leisten.

Die Rechnung zu legen hat der Kommissionär baldthunlichst nach Ausführung Nr. 17.
des Geschäfts, es sei denn, daß periodische Rechenschaftspflicht bei Mehrheit von Kommissionen unter den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 537, R.O.H.G. II S. 437).

Die Rechnung ist nur mitzutheilen und die Belege sind nur vorzulegen. Nr. 18.
Zur Aushändigung von Rechnung und Belägen ist der Kommissionär nicht verpflichtet (Seuffert XII Nr. 238).

Der Kommissionär hat die Pflicht zur Rechnungslegung, ein Recht des Nr. 19.
Kommissionärs auf Rechnungslegung besteht nicht. Der Kommittent ist nicht verpflichtet, Rechnungslegung zu verlangen, er kann, wenn er will, den Umfang seiner Ansprüche auf anderem Wege eruiren (vgl. Busch XV S. 21 ff.). Bringt er z. B. die Gegenforderungen des Kommissionärs in deren denkbar weitestem Umfange in Abzug, so kann der Kommissionär der Klage des Kommittenten gegenüber nicht einwenden, dieser hätte nur mittelst der präparatorischen Klage auf Rechnungslegung

[1] Zu den wesentlichen Belägen zählen z. B. bei der Einkaufskommission Originalfakturen über die Einkäufe (O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 226).

Digitized by Google

seine Ansprüche geltend machen dürfen (R.O.H.G. V S. 230, VII S. 379, XII S. 366, Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 538), was er kann, ist allein, daß er die Unrichtigkeit der klägerischen Behauptungen bestreitet und den Gegenbeweis durch Vorlegung einer formellen Rechnung antritt (Grünhut S. 238).

Nr. 20. Demgemäß kann der Kommittent statt förmlicher Rechnungslegung sich auch darauf beschränken, Auskunft über einzelne Punkte zu verlangen (R.O.H.G. XIII S. 40). Er kann dem Kommissionär auch die Rechnungslegung erlassen, sei es im Voraus durch den Kommissionsvertrag, sei es nachträglich durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht (vgl. Bolze VIII Nr. 435). Solch' stillschweigender Verzicht würde aber noch nicht in der vorbehaltlosen Entgegennahme des vom Kommissionär an ihn Ausgekehrten liegen, ebensowenig gegenüber dem Spediteur in der Zahlung der Nachnahme durch den Adressaten (Busch XLI S. 169, 170). — Der vorherige Erlaß würde unwirksam werden, wenn der Kommissionär unredlich verfährt.

Nr. 21. Hat der Kommittent die Rechnungslegung gebilligt (ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch längeres, widerspruchsloses Behalten der Verkaufsrechnung, R.O.H.G. IV S. 351, X S. 191 ff.), so kann er nur aus dem Gesichtspunkt des Irrthums oder Betrugs nochmalige Rechnungslegung verlangen. Das Gleiche gilt, wenn er den Schlußsaldo anerkennt, auch hierin liegt die Anerkennung, daß der Kommissionär über die fragliche Kommission Rechenschaft abgelegt habe (R.G.E. XXI S. 82, anders O.L.G. Hamburg in H. G.Z. IX S. 60).

Nr. 22. Mit der endgültigen Erledigung der Rechnungslegung cessirt die Verpflichtung des Kommissionärs, die Beläge sorgfältig aufzubewahren, unbeschadet der aus H.G.B. § 44 sich ergebenden Verpflichtung (R.G.E. XXI S. 82).

Nr. 23. b) **Er hat das aus der Geschäftsbesorgung Erhaltene herauszugeben.** Auch dieser Satz enthält inhaltlich das Gleiche wie B.G.B. § 667. Er ist eine Folge der vom Kommissionär übernommenen Verpflichtung, das Geschäft für Rechnung des Kommittenten zu besorgen. Demnach ist der Kommissionär verpflichtet, Alles, was er zur Ausführung der Kommission und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben. Er hat somit die vom Kommittenten ihm zum Verkauf übergebenen Waaren, falls er sie nicht verkauft hat, zurückzugeben, das ihm vorgeschossene Geld soweit er es nicht verwandt hat — zurückzuerstatten, den zur Präsentation überschickten Wechsel nebst der Protesturkunde zurückzusenden. Andererseits hat er die eingekauften Waaren und Werthpapiere an den Kommittenten zu tradiren, die vom Drittkontrahenten gezahlte Kaufsumme zu übersenden, den gegebenen Wechsel an den Kommittenten weiter zu indossiren (§ 395), die Forderungen aus dem Geschäft, und zwar nicht bloß gegen den Drittkontrahenten, sondern auch gegen andere Personen, z. B. den Frachtführer (Lepa S. 143), an den Kommittenten abzutreten (§ 392). Der Kommittent kann verlangen, daß Alles, was aus der Geschäftsbesorgung unmittelbar oder mittelbar erlangt ist, an ihn herausgegeben werde; auch wenn der Kommissionär günstigere Bedingungen erzielt hat (§ 387 Abs. 1, R.G.E. IX S. 298), selbstverständlich vorbehaltlich der Befugniß des Kommissionärs, sein Pfandrecht am Kommissionsgut nach Maßgabe der §§ 397, 398 geltend zu machen. Juristisch wird sich der Inhalt der Verpflichtung des Kommissionärs je nach Lage des Falls verschieden gestalten, es kann sich lediglich um die Verpflichtung zur Uebertragung des Besitzes an der Sache, oder um die Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung, oder um die Verpflichtung zur Abtretung des Anspruches, oder gar um gleichzeitige Garantieübernahme (Indossirung eines Wechsels § 395) handeln. Das Einzelne ist an den betreffenden Stellen zu besprechen.

Nr. 24. Er hat dabei nicht bloß die Hauptsache, sondern auch die Nutzungen (Zinsen, Früchte) herauszugeben. Verwendet er Gelder, die er herauszugeben hat, für sich, so ist er verpflichtet, sie von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen (B.G.B. § 668), und zwar, je nachdem die Kommission ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist oder nicht, zu 5 beziehungsweise 4% (§ 352, B.G.B. § 246), vorbehaltlich des Ersatzes höheren, dem Kommittenten entstandenen Schadens (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 540). Wohnt der Kommittent an einem auswärtigen Orte, so ist es Thatfrage, ob er die Pflicht hat, die Waaren und Werthpapiere zu übersenden. (Für den Geschäftsverkehr zwischen Bankier und auswärtigen Kommittenten nimmt dies als allgemeinen Geschäftsgebrauch an R.O.H.G. XX S. 303, vgl. andererseits R.O.H.G. I S. 84, und für Geldsendungen wird es stets anzunehmen sein.) Liegt ihm die Versendungspflicht ob, so trägt er bei ordnungsgemäßer Versendung jedenfalls nicht die Kosten und die Gefahr des Transportes, denn der wirthschaftliche Erfolg des Geschäfts soll ja den Kommittenten

Digitized by Google

treffen (R.O.H.G. 1 S. 84), selbst nicht einmal bei Geldsendungen. B.G.B. § 270 Abs. 1 trifft auf diesen Fall nicht zu (vgl. R.G.E. II S. 117, XXIII S. 103, Planck zu B.G.B. § 270 Nr. 1, oben S. 58 Nr. 8, anders Busch XX S. 185).

Klagt der Kommittent auf Herausgabe des Erhaltenen, so müßte er Nr. 25.
an sich Dreierlei beweisen: 1. die Ertheilung der Kommission, 2. den Erwerb des Erhaltenen durch den Kommissionär, 3. den Erwerb gerade in Ausführung der Kommission. Indessen wird, wenn es sich um eine Kommission auf Erwerb einer Spezies oder doch eines Genus, das gewisse Besonderheiten an sich trägt (z. B. eine seltene Waare, ein wenig gehandeltes Werthpapier), handelt, genügen, wenn er die ersten beiden Momente darlegt, es wird Sache des Kommissionärs sein, darzulegen, daß er die Sache nicht in Ausführung der Kommission erworben habe (v. Hahn zu Art. 361 § 20, zu weit gehend R.O.H.G. XV S. 264 und Grünhut S. 245).

Der Kommittent hat Anspruch auf Herausgabe des Erhaltenen gegen Be- Nr. 26.
friedigung der dem Kommissionär zustehenden Ansprüche auf Provision, Ersatz der Kosten u. s. w. Er kann klageweise das Petitum stellen, daß der Kommissionär gegen Zahlung Zug um Zug zu verurtheilen sei, er braucht es aber nicht, er kann einfach auf Bewirkung der Leistung klagen. Dagegen kann der Kommissionär seine Gegenansprüche geltend machen, und das Urtheil hat dann Erfüllung Zug um Zug auszusprechen (B.G.B. § 322 Abs. 1).

Wann der Kommissionär das Erhaltene herauszugeben hat, bestimmt sich nach Nr. 27.
allgemeinen Grundsätzen. Jedenfalls braucht er es so lange nicht herausgeben, als die Voraussetzungen für die Geltendmachung seines Pfandrechts (§ 397) oder des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (§ 369) vorliegen. Geräth er in Verzug, so greift B.G.B. § 326 Platz (vgl. auch B.G.B. § 361, §§ 287 ff.). § 376 Abs. 2 des H.G.B. kommt hier nicht zur Anwendung, es sei denn, daß der Kommissionär vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch gemacht hat.

Geräth umgekehrt der Kommittent in Leistungsverzug, so greift außer §§ 397, 398 Nr. 28.
wiederum B.G.B. § 326, ev. § 361, Platz. Auch hier kommt § 376 Abs. 2 des H.G.B. nicht zur Anwendung (R.O.H.G. XI S. 9 ff.), es sei denn, daß der Kommissionär als Selbstkontrahent aufgetreten ist.

Besondere Bestimmungen über die Herausgabepflicht des Kommissionärs enthält das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896 §§ 3—6. Nach § 3 hat der Kommissionär zum Einkauf von vertretbaren Werthpapieren (mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld) dem Kommittenten binnen drei Tagen ein **Stückeverzeichniß** mit Angabe der Gattung, des Nennwerthes, der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale zu übersenden. Die Frist beginnt, falls der Kommissionär bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrages einen Dritten als Verkäufer namhaft gemacht hat, mit dem Erwerbe der Stücke, andernfalls mit dem Ablaufe des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär nach der Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte. Nr. 29.

Ein Verzicht des Kommittenten auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses ist, falls der Kommittent nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur dann wirksam, wenn er bezüglich des einzelnen Auftrages ausdrücklich und schriftlich erklärt wird.

Soweit die Auslieferung der eingekauften Stücke an den Kommittenten erfolgt oder ein Auftrag des Kommittenten zur Wiederveräußerung ausgeführt ist, kann die Uebersendung des Stückeverzeichnisses unterbleiben.

§ 4. Ist der Kommissionär mit Erfüllung der ihm nach den Bestimmungen des § 3 obliegenden Verpflichtung im Verzuge und holt er das Versäumte auf eine danach an ihn ergangene Aufforderung des Kommittenten nicht binnen drei Tagen nach, so ist der Kommittent berechtigt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen.

Die Aufforderung des Kommittenten verliert ihre Wirkung, wenn er dem Kommissionär nicht binnen drei Tagen nach dem Ablaufe der Nachholungsfrist erklärt, daß er von dem im Absatz 1 bezeichneten Rechte Gebrauch machen wolle.

Digitized by Google

§ 5. Der Kommissionär, welcher einen Auftrag zum Umtausche von Werthpapieren der in § 1 bezeichneten Art oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechts auf solche Werthpapiere ausführt, hat binnen zwei Wochen nach dem Empfange der neuen Stücke dem Kommittenten ein Verzeichniß der Stücke mit den im § 3 Abs. 1 vorgeschriebenen Angaben zu übersenden, soweit er ihm die Stücke nicht innerhalb dieser Frist aushändigt.

§ 6. Der Kommissionär, welcher den in § 5 ihm auferlegten Pflichten nicht genügt, verliert das Recht, für die Ausführung des Auftrags Provision zu fordern.

Vgl. endlich § 10 Satz 2 (strafrechtliche Bestimmung).

Im Einzelnen gilt:[1])

Nr. 30. a) Die Bestimmungen beziehen sich nicht bloß auf den eigentlichen Kommissionär (§ 383), sondern auf jeden Kaufmann, der als solcher eine Kommission der im Gesetz gedachten Art besorgt (§ 406). Sie gelten andererseits nur für Vollkaufleute (§ 13 des Bankdepotgesetzes).

Nr. 31. b) Die Kommission muß entweder eine Einkaufskommission oder sie muß eine Kommission zum Umtausch (nicht jede Art Tausch) beziehungsweise Geltendmachung eines Bezugsrechtes sein (z. B. bei Aktien, vgl. § 282). Andere Kommissionen werden vom Gesetz nicht berührt; insbesondere nicht die Verkaufskommission, selbst dann nicht, wenn der Kaufpreis nicht baar, sondern in vertretbaren Werthpapieren berichtigt wird. Diesenfalls wäre der Kommissionär nur verpflichtet, die ausbedungene Summe dem Kommittenten herauszuzahlen, eine Verpflichtung, die als datio in solutum angenommenen Werthpapiere auszuhändigen, bestände nicht, ja es brauchte der Kommittent solche nicht einmal anzunehmen, denn sein Auftrag ging auf Verkauf, nicht auf Tausch.

Nr. 32. c) Sie muß eine Kommission sein zur Ausführung eines Geschäfts, dessen Objekt vertretbare Werthpapiere sind. Handelt es sich um Einkauf von Waaren, so greift das Gesetz nicht Platz, ebensowenig, wenn es sich um Ankauf von Forderungen oder anderen Rechten handelt, die nicht verbrieft sind, endlich nicht, wenn das Objekt zwar ein Werthpapier, aber ein nicht vertretbares ist (z. B. ein Wechsel, ein Konnossement, ein nicht indossables Rektapapier, Rießer S. 12). Das Gesetz hebt als vertretbare Werthpapiere in § 1 besonders hervor: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Talons, auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen oder indossable Schuldverschreibungen. Doch ist die Aufzählung nicht erschöpfend, so gehören dahin noch Reichsbankantheilscheine, Grundschuldbriefe auf den Inhaber (Banknoten und Papiergeld sind ausgenommen).

Nr. 33. d) Das Gesetz statuirt für den Kommissionär (auch den selbsteintretenden) eine Pflicht, die „Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten", d. h. die Uebertragung des Eigenthums an den Werthpapieren, an den Kommittenten binnen einer bestimmten Frist vorzunehmen. Diese Frist bemißt das Gesetz für den Einkaufskommissionär auf drei Tage, für den Umtausch- und Bezugskommissionär auf zwei Wochen. Und zwar laufen die zwei Wochen vom thatsächlichen Empfang der neuen Stücke, die drei Tage, falls der Kommissionär bei der Anzeige über die Ausführung der Kommission einen Dritten als Verkäufer namhaft gemacht hat, vom Erwerb der Stücke (auch im Wege des constitutum possessorium) ab — falls er darüber geschwiegen hat, spätestens von dem Tage ab, an dem er nach Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte. Die letztere Bestimmung zeigt, daß das Bankdepotgesetz im Gegensatz zu § 405 Abs. 1 unter solchen Umständen präsumirt, der Kommissionär trete selbst ein, ein innerer Widerspruch zwischen beiden Gesetzen (Rießer S. 32). Hinsichtlich der Berechnung der Frist B.G.B. §§ 187, 188, 193.

Nr. 34. e) Für die Herausgabe schreibt das Gesetz bestimmte Formen vor. Entweder muß der Kommissionär die Stücke dem Kommittenten wirklich ausliefern (aushändigen); der Auslieferung an den Kommittenten ist gleichzustellen die Auslieferung an einen vom Kommittenten angegebenen Dritten, ebenso die Ausführung (nicht bloß die Uebernahme) der Kommission zur Wiederveräußerung, ja es wird sogar schon für genügend erklärt werden müssen die ordnungsmäßige Absendung der Stücke an den Kommittenten. Denn das Gesetz wollte nur Fürsorge treffen gegen mißbräuchliche Verfügung über die Stücke durch den Kommissionär, keinesfalls wollte es diesem mehr Verpflichtungen auferlegen, als sich ohnehin aus dem Kommissions-

[1]) Litteratur: Rießer, Das Bankdepotgesetz 1897, Lusensky 1896, E. Busemann, Das kaufmännische Depositum von Geld und Werthpapieren 1899 S. 22 ff.

Digitized by Google

vertrage ergeben; der Kommissionär trägt auch hier nicht die Gefahr des Transportes.[1]) Oder der Kommissionär hat ein Stückeverzeichniß zu übersenden. Dieses Stückeverzeichniß hat zu enthalten die Angabe der einzelnen Stücke nach Gattung, Nennwerth (z. B. bei Aktien Nennbetrag), Nummern (einschließlich der Serien) oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen, es wird zu unterschreiben sein, ohne daß die Unterschrift gerade wesentlich ist (vgl. Rießer S. 32, 33; Lusensky S. 59). Fehlt dem Stückeverzeichniß eine Angabe, die zur Klarstellung, welche Stücke für den Kommittenten angeschafft sind, erforderlich ist, so ist das Stückeverzeichniß nicht abgegeben, und es treten die gesetzlichen Folgen der Nichtabgabe ein. Die Gefahr des Transportes trägt auch beim Stückeverzeichniß der Kommittent, nicht der Kommissionär, die Wirkungen treten schon mit der Absendung ein (§ 7 des Gesetzes).

f) Die Wahl zwischen beiden Formen steht dem Kommissionär zu. Nr. 35.
Er kann sie auch kumuliren, die Stücke und ein Stückeverzeichniß übersenden, letzterenfalls braucht er sich an die Vorschriften über das Stückeverzeichniß nicht zu halten. Er kann auch erst das Stückeverzeichniß und dann die Stücke übersenden.

g) Die Uebersendung der Stücke kann dem Kommissionär durch den Nr. 36.
Kommittenten frei erlassen werden; das Gesetz setzt hier der Vertragsfreiheit keinerlei Schranke. Anders hinsichtlich der Uebersendung des Stückeverzeichnisses. Auf diese kann bei der Umtausch- und Bezugskommission (§ 5) frei verzichtet werden. Dagegen ist ein Verzicht gegenüber dem Einkaufskommissionär (§ 3 Abs. 2) nur beschränkt zulässig, nämlich einmal, wenn der Kommittent selbst Bankier ist, sodann, wenn der Verzicht bezüglich der einzelnen Kommission ausdrücklich und schriftlich erklärt ist. Ist der Kommittent selbst Bankier, so kann er generell und speziell, mündlich und schriftlich, ausdrücklich und stillschweigend (Usancen) verzichten. Ist er nicht Bankier, so muß der Verzicht bei der einzelnen Kommission erfolgen, genereller Verzicht ist unwirksam, er muß ausdrücklich, also nicht bloß durch konkludente Handlungen, und er muß schriftlich erfolgen. In dem Verzicht auf das Stückeverzeichniß liegt nicht ohne Weiteres Verzicht auf die Eigenthumsübertragung, der Verzicht bezieht sich nur auf die Zeit der Eigenthumsübertragung; doch kann ein Anderes gemeint sein.

h) Verzug des Einkaufskommissionärs in Erfüllung seiner Verpflichtung Nr. 37.
zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses hat nach § 4 zur Folge, daß der Kommittent ihm eine Nachfrist von 3 Tagen stellen und nach Ablauf der Nachholungsfrist unter Zurückweisung des Geschäfts Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren kann. Doch muß er dies binnen weiteren 3 Tagen erklären. — Bei sonstigem Verzug verbleiben dem Kommittenten die allgemeinen Rechtsbehelfe aus B.G.B. § 326, nur treten diese nicht bei bloßem Verzug in Uebersendung des Stückeverzeichnisses ein.

Verzug des Umtausch- oder Bezugskommissionärs in Uebersendung des Stückeverzeichnisses nimmt das Recht auf die Provision. Ueber strafrechtliche Folgen bei dolus § 10 des Gesetzes.

Leistungsverzug des Kommittenten befreit den Kommissionär nicht von der Uebersendung des Stückeverzeichnisses (Lusensky S. 61).

i) Was die sachenrechtlichen Wirkungen der Absendung des Stücke- Nr. 38.
verzeichnisses betrifft (§ 7 des Gesetzes), so ist darüber gesondert zu handeln (vgl. bei § 392 Nr. 11 ff.).

III. **Absatz 3.** Die Angabe des Namens des Drittkontrahenten ist, wie berührt Nr. 39.
(oben Nr. 15), in der Rechenschaftspflicht enthalten. Die Unterlassung würde an sich nur die Folge haben, daß der Kommissionär dem Kommittenten schadensersatzpflichtig wird. Der Kommittent wäre trotzdem gehalten, das Geschäft anzuerkennen, es sei denn, daß die Pflicht zur Namensangabe zum integrirenden Bestandtheil der Kommissionsausführung gemacht war. Weitergehend läßt das Gesetz den Kommissionär für die Erfüllung des Geschäfts haften, wenn nicht mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission der Dritte namhaft gemacht wird. Im Einzelnen will dies besagen:

a) Die Bestimmung ist in erster Linie auf die Ein- und Verkaufskommission[2]) Nr. 40.
zugeschnitten, kann aber auch bei anderen Kommissionen vorkommen, z. B. der Kommission zur Ertheilung einer Kommission (Exportkommission), der Versicherungs-

[1]) Dagegen wird die Uebersendung des Stückeverzeichnisses nicht durch sonstige Art der Eigenthumsübertragung (z. B. Vindikationscession) ersetzt.

[2]) Gleichgültig ist die Art der Waare, insbesondere kommt es auf die Markt- und Börsengängigkeit nicht an.

Digitized by Google

kommission, der Spedition. Bei gewissen Kommissionen ist sie naturgemäß unanwendbar, z. B. der Kommission zur Einkassirung eines Wechsels, zum Umtausch eines Werthpapieres, zur Geltendmachung von Bezugsrechten. Ueberhaupt cessirt sie da, wo die Person des Dritten von vornherein bestimmt ist, z. B. Kommission zum Einkauf einer Spezies in der Auktion, eines Gemäldes von einem Maler. Auch kann die Verpflichtung zur Namensnennung dem Kommissionär von vornherein erlassen werden; solch' Erlaß läge aber noch nicht darin, daß der Kommittent zu erkennen giebt, er lege keinen Werth auf die Person des Drittkontrahenten oder daß er dem Kommissionär Selbsteintritt gestattet. Vielmehr war gerade für Fälle der letzteren Art im alten H.G.B. die Bestimmung aufgestellt worden. Daß der Kommissionär sich dem Dritten gegenüber verpflichtet hat, den Namen geheim zu halten, kann natürlich nicht in Betracht kommen.

Nr. 41. b) Der Kommissionär hat zugleich mit der Anzeige von der Ausführung den Dritten namhaft zu machen. Die Erstattung der Ausführungsanzeige ist also Vorbedingung der Namhaftmachung, unterläßt er die Ausführungsanzeige, so kann er zwar auf Schadensersatz, aber nicht aus § 384 Abs. 3 belangt werden (Staub § 384 Anm. 32, Breit S. 190). — Zugleich mit der Ausführungsanzeige hat er den Dritten namhaft zu machen, d. h. der Kommittent muß den Namen des Dritten im selben Zeitpunkt erhalten, in dem er die Ausführungsanzeige erhält; daß die Absendung beider Anzeigen gleichzeitig erfolgt, ist nicht nothwendig. Spätere Namhaftmachung nützt dem Kommissionär nichts (R.G.E. IV S. 96), es sei denn, daß sie von vorn herein gestattet war (z. B. der Kostenersparniß wegen), vorherige kann insofern nützen, als in der darauf folgenden Ausführungsanzeige nach der Sachlage eine Bezugnahme auf den in Aussicht genommenen Drittkontrahenten liegen kann. — Er hat den Dritten namhaft zu machen, d. h. so kenntlich zu machen, daß dem Kommittenten klar ist, wer gemeint ist. Die Angabe des Namens oder der Firma ist nicht gerade nothwendig, es kann eine Bezugnahme auf früher genannte Personen oder die Wahl von Bezeichnungen, aus denen sich die Persönlichkeit deutlich ergiebt, genügen. Umgekehrt wird die Angabe des Namens allein nicht immer genügen, z. B. wenn Mehrere denselben Namen führen. Hier muß Derjenige, der gemeint ist, deutlich hervorgehoben werden (vgl. Lepa S. 194). Hat er mit einer Firma kontrahirt, so hat er die Firma und nicht den bürgerlichen Namen des Inhabers anzugeben. Unvollständigkeit oder Inkorrektheit der Angabe der Firma schadet nichts, wenn die Deutlichkeit nicht darunter leidet, bei telegraphischer Nachricht wird sie der Kürze halber häufig geboten sein. Allgemeine Bezeichnungen, wie „ein Geschäftsfreund", „eine gute Firma" u. dgl. würden nicht genügen (R.O.H.G. XXIII S. 103).

Nr. 42. c) Unterläßt er die Namensnennung, so haftet er für die Erfüllung des Geschäfts. Das besagt nicht, daß er als Selbstkontrahent anzusehen ist. Vielmehr bleibt er Kommissionär mit allen Pflichten desselben. Denn selbst, wenn er zum Selbsteintrittsrecht berechtigt ist, sieht das Gesetz in der einfachen Ausführungsanzeige die Erklärung, daß das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen sei (§ 405 Abs. 1). Es besagt auch nicht (wie Art. 376 Abs. 3 des alten H.G.B.), daß der Kommittent wählen kann, ob er ihn als Selbstkontrahenten oder als Kommissionär behandeln wolle. Vielmehr kann ihn der Kommittent als Kommissionär behandeln (Konsequenz: auch im Falle des § 226 ist dies zulässig) und trotzdem für die Erfüllung des Geschäfts haftbar machen. Es liegt vielmehr der Fall ähnlich[1]) wie beim Delkredereestehen (§ 394). Er hat dem Kommittenten also dafür aufzukommen, daß das Geschäft vom Dritten erfüllt wird, und zwar so erfüllt wird, wie es bei ordnungsmäßigem Abschluß hätte erfüllt werden sollen, wie der Kommissionär den Dritten hätte verpflichten sollen (R.O.H.G. XXII S. 238). Für Verschulden im Abschlusse des Geschäfts hat er also als Kommissionär aufzukommen. — Hat er in Wahrheit mit einem Dritten gar nicht abgeschlossen, so haftet er wie eine Art falsus procurator (Staub § 384 Anm. 38).

Nr. 43. d) Dasselbe, wie für die unterlassene Namensnennung, gilt, wenn der Kommissionär einen falschen Namen angiebt.

Nr. 44. e) Der Kommissionär seinerseits kann sich auf Irrthum berufen und seine Erklärung nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts rückgängig machen (B.G.B. § 119).

---

[1]) Daß er nicht ganz so liegt, hebt mit Recht Breit S. 193 hervor, da der Delkrederekommissionär nur für die Erfüllung der Verpflichtungen des Dritten aufzukommen hat.

Digitized by Google

f) Dem Kommittenten steht das Recht ohne Weiteres zu, einer besonderen Nr. 45.
Erklärung von seiner Seite bedarf es nicht.

g) Der Kommittent kann auf das ihm zustehende Recht verzichten. Solch' Ver- Nr. 46.
zicht liegt aber noch nicht in der Annahme der Erfüllungsleistung (R.G.E. IV S. 96)
oder in dem klageweisen Vorgehen gegen den Dritten, den der Kommissionär nach-
träglich benannt hat (Lepa S. 204).

h) Nimmt der Kommittent den Kommissionär auf Erfüllung in Anspruch, so Nr. 47.
muß er natürlich auch seinerseits erfüllen. Würde er in Verzug gerathen, so ständen
dem Kommissionär die Rechte aus B.G.B. § 326 zu. — Anders, solange sich der
Kommittent noch nicht erklärt hat, ob er den Kommissionär in Anspruch nehmen
werde. Der Kommissionär kann ihn dann nur als Kommittenten behandeln.

i) Weil der Kommissionär Kommissionär bleibt, behält er das Recht auf Provision, Nr. 48.
falls er in Wahrheit mit einem Dritten abgeschlossen hatte, das gesetzliche Pfandrecht,
andererseits die volle Rechnungslegungspflicht.

IV. **Aelteres Recht.** Art. 361 des A. D. H.G.B. stimmte hinsichtlich der Absätze 1 Nr. 49.
und 2 überein. Dagegen fehlte ihm die allgemeine Bestimmung des Abs. 3. Nur bei
der Kommission zum Ein- oder Verkauf markt- oder börsengängiger Waaren oder
Werthpapiere enthielt § 74 des Börsengesetzes eine entsprechende Bestimmung. Ist die
Kommission vor dem 1. Januar 1900 ertheilt, so greift Abs. 3 nicht Platz.

§ 385.

Handelt der Kommissionär nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten, so ist er diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet; der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen.

Die Vorschriften des § 665 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

Entw. I § 357, II § 377; Denkschr. I S. 233, II S. 3252, 3253; A. D. H.G.B. Art. 362.

1. Der § 385 statuirt die Folgen gewisser Arten von vertragswidrigem Nr. 1.
Verhalten des Kommissionärs. Er bezieht sich keineswegs auf jedes vertragswidrige Verhalten des Kommissionärs. Dies ergiebt sich klar aus seiner Vergleichung mit § 384. Nach § 384 Abs. 1 ist der Kommissionär verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen; er hat sodann nach § 384 Abs. 2 Notifikations- und Rechenschaftslegungspflicht. § 385 spricht nun nur davon, daß der Kommissionär nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten handelt, er nimmt also nur die Pflicht zur Befolgung der Weisungen (Order) des Kommittenten zum Gegenstand seiner Normirung. Welche Folgen das sonstige vertragswidrige Verhalten des Kommissionärs mit sich führt, z. B. der Umstand, daß er das Interesse des Kommittenten nicht genügend wahrt,[1]) daß er es unterläßt, dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, daß er ihm nicht gehörig Rechenschaft ablegt, daß er ihm nicht das Erlangte herausgiebt — das Alles ist nicht aus § 385, sondern aus den sonstigen Bestimmungen dieses Abschnittes oder aus allgemeinen Sätzen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen.[2])

2. Die (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Weisungen des Kommittenten Nr. 2.
können, wie oben § 384 Nr. 4 bemerkt ist, gemessen (imperativ) und sie können nicht gemessen (demonstrativ) sein. Nur auf den letzteren Fall bezieht sich § 385, wenn er auch schlechthin von „Weisungen" spricht. Die Abweichung von gemessenen Anweisungen ist überhaupt nicht Ausführung der Kommission. Der Kommissionär kann nicht einmal als negotiorum gestor auftreten, denn er hat ja gegen den ausgesprochenen Willen des Geschäftsherrn gehandelt und ist ihm folglich aus B.G.B. § 678 schadensersatzpflichtig. In der Mittheilung von der Ausführung seitens des Kommissionärs läge solchenfalls die Offerte zu einem Vertrage, die vom Kommittenten angenommen werden müßte (Grünhut

[1]) Also z. B. daß er von der nicht gemessenen Weisung nicht abwich, wo er nach B.G.B. § 665 abweichen konnte und als gewissenhafter Kommissionär abweichen mußte, daß er nicht die rechte Gelegenheit zum Verkauf benutzte, daß er in der Auswahl des Gegenkontrahenten schuldhaft verfuhr.

[2]) Nicht richtig Lepa S. 114.

Digitized by Google

S. 192). Sind sie dagegen nur demonstrativ, so greift § 385 vorbehältlich B.G.B. § 665 ein. Der Kommissionär darf davon abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Kommittent bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Er hat vor der Abweichung dem Kommittenten Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Dem Kommissionär liegt bei Abweichung von der nicht gemessenen Weisung der Nachweis der Umstände ob, die nach B.G.B. § 665 seine Abweichung rechtfertigen. Vermag er diesen Nachweis nicht zu erbringen, so muß er die Folgen des § 385 tragen.

Nr. 3. Im Uebrigen ist es an sich gleichgültig, ob die Weisung des Kommittenten einen mehr oder minder wichtigen Punkt des Geschäfts betrifft. Die Formulirung, daß die Abweichungen so erhebliche sein müssen (Dernburg, b. R. II § 343), daß die wesentlichen Zwecke des Auftrages verfehlt werden, hat im Gesetze keinen Anhalt. Nur so viel wird man zugeben müssen, daß ganz unerhebliche Abweichungen von der Weisung nicht in Betracht gezogen werden dürfen, denn der Vertrag ist nach Treu und Glauben auszulegen (dies gegen Jacoby S. 24).

Nr. 4. 3. Als **Folgen der widerrechtlichen Abweichung** von der Weisung stellt § 385 zwei hin: Schadensersatzpflicht gegenüber dem Kommittenten und das Recht des Kommittenten, das Geschäft abzulehnen. Daneben bleiben dem Kommittenten aber noch die allgemeinen Rechtsbehelfe des bürgerlichen Rechts. Beansprucht der Kommittent Ersatz des ihm zugefügten Schadens, so hat er den Kausalnexus zwischen Schaden und Abweichung von der Weisung darzulegen (R.O.H.G. IV S. 155. Zur Kasuistik Lepa S. 116 ff.). Will er das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten lassen, so braucht er nur Widerspruch gegen die Handlungsweise des Kommissionärs durch Worte oder konkludente Handlungen einzulegen, einer förmlichen Erklärung, daß er das Geschäft nicht anerkenne, bedarf es von seiner Seite nicht (R.O.H.G. XVI S. 252). Andererseits darf in seinen Worten trotz des Tadels nicht die Erklärung liegen, daß er das Geschäft gelten lassen wolle (so der Fall bei Busch XXIV S. 98). Die Zurückweisung des Geschäfts ist auch zulässig, wenn die Waare dem dritten Käufer bereits übergeben ist; wieweit das Eigenthum dadurch verloren geht, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. — Ist der Kommissionär mit Erfüllung der ihm obliegenden Leistung zugleich in Verzug, so kann der Kommittent auch aus B.G.B. § 326 vorgehen.

Nr. 5. Endlich hat der Kommittent das Kündigungsrecht; denn da er das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen braucht, so ist es ihm gegenüber wie nicht ausgeführt (anders Staub § 385 Anm. 6).

Nr. 6. Die obigen Folgen können die Parteien durch Vertrag von vornherein modifiziren, soweit nicht darin ein Verstoß contra bonos mores liegt. Der Kommittent kann auch nachträglich durch Worte oder konkludente Handlungen die Abweichung von der Weisung genehmigen, er kann endlich das Geschäft zwar für seine Rechnung gelten lassen, aber doch Schadensersatz begehren. Wieweit in seinem Verhalten auf die Anzeige von der weisungswidrigen Ausführung das Eine oder Andere liegt, ist Thatfrage (Grünhut S. 196 ff., vgl. zu § 346). Das bloße Schweigen wird jedenfalls bei Abweichungen in offenbar erheblichen Punkten nicht als Verzicht irgend eines Anspruches zu erachten sein;[1]) handelt es sich um geringfügige Abweichungen, so wird das Schweigen des Kommittenten regelmäßig dahin zu deuten sein, daß er das Geschäft für seine Rechnung gelten lassen will, aber doch den Schadensersatzanspruch nicht aufgiebt, denn dieser steht ihm ja aus dem vertragswidrigen Verhalten des Kommissionärs ohnehin zu. Zur Aufgabe auch des letzteren wird eine in Worten oder Handlungen sich ausdrückende Billigung des Kommittenten zu verlangen sein; als solche Handlung würde z. B. die fortgesetzte Abwicklung des Geschäfts nach Kenntnißnahme von der Abweichung anzusehen sein, z. B. die Uebersendung des Kaufpreises, die Bezahlung der Provision u. s. w. — Daß der Kommittent genehmigt habe, hat der Kommissionär zu beweisen (R.O.H.G. XII S. 189).

Nr. 7. Der Kommissionär andererseits kann, solange der Kommittent nicht zurückgewiesen hat, die Abweichung rückgängig machen und das Geschäft ordermäßig ausführen (R.O.H.G. I S. 272—274).

Nr. 8. 4. Die obigen Bestimmungen gelten nicht ausnahmslos. Darüber in den folgenden §§ 386, 387, vor allem 391.

Nr. 9. 5. Das ältere Recht (Art. 362) stimmte überein, doch veranlaßte die Fassung dieses Artikels viele Streitfragen.

---

[1]) Ausnahme in § 386.

Digitized by Google

§ 386.

Hat der Kommissionär unter dem ihm gesetzten Preise verkauft oder hat er den ihm für den Einkauf gesetzten Preis überschritten, so muß der Kommittent, falls er das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweisen will, dies unverzüglich auf die Anzeige von der Ausführung des Geschäfts erklären; anderenfalls gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt.

Erbietet sich der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Geschäfts zur Deckung des Preisunterschieds, so ist der Kommittent zur Zurückweisung nicht berechtigt. Der Anspruch des Kommittenten auf den Ersatz eines den Preisunterschied übersteigenden Schadens bleibt unberührt.

Entw. I § 358, II § 378; Denkschr. I S. 233, 234, II S. 3253; A.D. H.G.B. Art. 363, 364.

I. Der § 386 schränkt für gewisse Abweichungen des Kommissionärs von den ertheilten Weisungen, nämlich für Ueberschreitungen des gesetzten Limito zu Ungunsten des Kommittenten die Rechte des Kommittenten ein.

Diese Einschränkungen sind vom Gesetz also nur für Ueberschreitungen des Limito, das der Kommittent gesetzt hatte, zu Ungunsten des Kommittenten statuirt. Es ist also nothwendig:

a) Daß der Kommittent ein **Limito** gesetzt hatte, demnach bei der Verkaufs- Nr. 1.
kommission den Preis, unter dem nicht verkauft werden sollte, bei der Einkaufskommission den Preis, über den nicht eingekauft werden sollte, bestimmt hatte, sei es bei Ertheilung der Kommission, sei es nachträglich vor Ausführung der Kommission. Auch bei anderen Kommissionen kann ein Limito gesetzt sein, z. B. bei der Spedition hinsichtlich der Fracht, bei der Exportkommission hinsichtlich der an den zweiten Kommissionär zu zahlenden Provision, bei der Versicherungskommission hinsichtlich der Prämie u. s. w. Der Begriff des Limitos bezieht sich stets auf das zu zahlende Aequivalent für die wirthschaftliche Leistung, das, womit die wirthschaftliche Leistung „erkauft" wird. Auf andere Modalitäten des Vertrages läßt sich der Begriff des Limitos nicht erstrecken, z. B. nicht auf die Menge der Waaren, die Zeit des Abschlusses, die Modalitäten der Erfüllung. Und es ist auch nicht zulässig, auf sonstige Abweichungen von den Weisungen des Kommittenten den § 387 auszudehnen (so wenigstens für Abs. 2 Puchelt-Förtsch zu Art. 362 Nr. 5, Staub, § 385 Anm. 10). Hätte das Gesetz dies gewollt, so hätte es den Satz allgemein formulirt; der § 385 hätte dann nicht so lauten dürfen, wie er lautet (vgl. auch R.O.H.G. II S. 90, 91, IV S. 206, XII S. 6).

Wann der Kommittent ein Limito gesetzt hat, ist Thatfrage. Die Uebersendung Nr. 2.
von Waaren mit die Preise enthaltenden Fakturen an den Verkaufskommissionär enthält noch kein Limito, denn die Fakturen geben zwar die Preise der Waaren an, enthalten aber noch nicht die Anweisung, nicht unter diesen Preisen zu verkaufen (R.O.H.G. VIII S. 32). Auch Bemerkungen des Kommittenten, er hoffe, daß der und der Preis erreicht würde, sind noch keine Limittirung (Puchelt-Förtsch zu Art. 364 Nr. 1, vgl. Bolze 1 zu Nr. 957), ebensowenig der Zusatz in der Faktura „netto ab hier" (R.O.H.G. VIII S. 120). Hat der Kommittent eine Partie Waaren als Ganzes zu einem „Durchschnittspreis" zum Verkauf übergeben, wobei die Theile verschiedene Güte und Dimension besitzen, und ist er von der Annahme ausgegangen, daß die Partie abtheilungsweise verkauft werden müsse und daß jede Abtheilung ein anderes Preisergebniß erzielen werde, so ist in der Setzung des Durchschnittspreises ebenfalls nicht ein Limito enthalten (R.O.H.G. XV S. 436, 437). Noch weniger ist an Limito zu denken bei allgemeinen Angaben, „wie höchster Preis am Markttage" u. dgl. (Eigenthümliche Form der Preislimitirung in R.O.H.G. XIX S. 70.) Selbst der Umstand, daß der Kommittent sich vom Verkaufskommissionär einen Vorschuß auf die Waare geben läßt, beweist nicht nothwendig, daß die Waare nicht unter diesem Preise verkauft werden soll (Bolze XI Nr. 323). — Das Setzen des Limitos seitens des Kommittenten kann einen doppelten Sinn haben. Es kann streng gemessen (imperativ)

Digitized by Google

gemeint sein, so daß der Kommissionär überhaupt nicht davon abweichen soll, auch nicht zu Gunsten des Kommittenten. Oder es kann nur demonstrativ, nicht gemessen, gemeint sein (B.G.B. § 665). Das Letztere ist als die Regel anzunehmen, das Erstere muß klar und unzweideutig ausgedrückt sein.

Nr. 3. b) Daß der Kommissionär das Limito zu **Ungunsten** des Kommittenten überschritten hat, also unter dem ihm gesetzten Preis verkauft oder über dem ihm gesetzten Preis gekauft hat. Ueberschreitet er das Limito zu Gunsten des Kommittenten, verkauft er also theuerer oder kauft er billiger, so findet § 386 keine Anwendung. Regelmäßig wird dies durchaus auftragsgemäß sein, ausnahmsweise kann eine Abweichung von der gemessenen Weisung vorliegen, welchenfalls die bei § 385 Nr. 2 erörterten Grundsätze Platz greifen würden.

Nr. 4. II. Die Folge der Ueberschreitung des Limito zu Ungunsten des Kommittenten wäre nach § 385 die, daß der Kommittent das Geschäft zurückweisen könnte und Schadensersatzanspruch gegen den Kommissionär hätte, wogegen dem Kommissionär die Berufung auf B.G.B. § 665 offen stände. Der Umstand, daß der Kommissionär sich zur Deckung des Preisunterschiedes erbietet, würde das Recht des Kommittenten auf Zurückweisung an sich nicht tangiren, denn da der Kommissionär wider die Weisungen gehandelt hat, ist der Kommittent nicht gehalten, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen. Eine zeitliche Schranke für das Zurückweisungsrecht wäre dem Kommittenten nicht auferlegt. § 386 weicht nun von § 385 in zwei Hinsichten ab:

Nr. 5. 1. Er legt dem Kommittenten die Verpflichtung auf, die Zurückweisung des Geschäfts unverzüglich auf die Anzeige von der Ausführung zu erklären, anderenfalls gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt. Diese Verpflichtung legt er ihm bei jeder Art von Preislimitirung auf, auch bei der gemessenen. Selbst wenn der Kommissionär das gemessene Limito zum Nachtheil des Kommittenten nicht innegehalten hat, muß der Kommittent auf die Ausführungsanzeige unverzüglich seine Nichtgenehmigung erklären, sonst gilt er als genehmigend. Die Erklärung muß unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) auf die Ausführungsanzeige erfolgen, d. h. auf die Anzeige der Ausführung unter Ueberschreitung des Limito. Hat daher der Kommissionär zuerst bloß die Ausführung und nachher die Ueberschreitung des Limito angezeigt, so beginnt die Pflicht erst mit der letzten Anzeige. Andererseits genügt, daß die Anzeige die Ueberschreitung deutlich ersehen läßt, der Kommittent darf nicht warten, bis die spezielle Abrechnung kommt. Entscheidend für den Beginn der Pflicht ist der Zeitpunkt, an dem die Ausführungsanzeige dem Kommittenten zugegangen ist, er also in der Lage war, davon Kenntniß zu nehmen. Wann er wirklich Kenntniß genommen hat, ist nicht entscheidend, in der späten Kenntnißnahme kann ein schuldhaftes Zögern des Kommittenten liegen. Auch daß er abwesend war, wird ihn nicht stets entschuldigen. War der Kommittent vielmehr ein Vollkaufmann, so hätte er für Vertretung sorgen müssen. Ist die Anzeige dem Kommittenten dagegen nicht zugegangen — wenngleich ohne jede Schuld des Kommissionärs —, so greift das Präjudiz des § 386 Abs. 2 nicht Platz.

Nr. 6. Die Erklärung des Kommittenten braucht nur die Mißbilligung der Abweichung vom Limito zu enthalten, sie braucht nicht ausdrücklich auf Zurückweisung zu lauten (R.O.H.G. XVI S. 252).

Nr. 7. Giebt der Kommittent solche Erklärung nicht unverzüglich ab, so gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt. Sonstige Vertragswidrigkeiten gelten dagegen nicht als genehmigt.

Nr. 8. Giebt er sie dagegen ab, so wahrt er sich alle Rechte, insbesondere das Recht auf Zurückweisung. Dem Kommissionär bleiben aber auch seinerseits alle ihm sonst zustehenden Rechtsbehelfe, insbesondere die Berufung auf § 385 Abs. 2 des H.G.B., § 665 des B.G.B. Der Verkaufskommissionär kann z. B. einwenden, daß er zum billigeren sofortigen Verkauf in Folge drohenden Verderbs der Waare oder des sinkenden Marktpreises, der stetig weiter zu sinken drohte, geschritten ist, und daß keine Zeit mehr war, Weisungen des Kommittenten einzuholen. Dabei kommt es in Abweichung vom alten Recht (Art. 363) nicht nothwendig darauf an, daß er durch die Vornahme des billigeren Verkaufs wirklich Schaden abgewendet hat, daß also ausschließlich der finanzielle Erfolg entscheidet (so R.O.H.G. IV S. 2), sondern es kommt darauf an, daß er nach den Umständen annehmen durfte, der Kommittent würde bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen. Sollte also wider alles gerechtfertigte Erwarten die Waare nachträglich wieder steigen, so kann dies dem Kommissionär nicht schaden. Siehe oben § 385 Nr. 4 (Denkschr. II S. 3253). Auch ist nicht ausgeschlossen, daß

Digitized by Google

nachträglich der Kommittent die Abweichung ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen genehmigt.

2. § 386 nimmt dem Kommittenten das Zurückweisungsrecht, wenn der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Geschäfts sich zur Deckung des Preisunterschiedes erbietet; diesenfalls gilt, daß der Kommissionär insoweit das Geschäft ausgeführt hat (v. Hahn zu Art. 362 § 3). Das Erbieten muß also gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige dem Kommittenten zugehen, nachträgliches Erbieten würde nichts nützen, vorheriges könnte u. U. genügen, wenn aus der Sachlage hervorgeht, daß die Ausführungsanzeige darauf Bezug nimmt. Das Erbieten muß auf Deckung des ganzen Preisunterschieds gerichtet sein, das Erbieten theilweiser Deckung würde nicht genügen. Daß das Erbieten mit Realoblation oder wenigstens mit Sicherheitsleistung verbunden sei, sagt das Gesetz nicht, es wird vielmehr Verbaloblation genügen. Doch wird dem Kommittenten der Nachweis gestattet sein, daß das Erbieten nicht ernsthaft gemeint war, oder daß der Kommissionär gar nicht in der Lage war, es zu erfüllen. Das Erbieten kann der Kommissionär nicht zurücknehmen, er ist mit dem Moment, wo es dem Kommittenten zugeht, gebunden. Nr. 9.

Dagegen bleibt dem Kommittenten diesenfalls der Anspruch auf Schadensersatz, und zwar nicht bloß wegen sonstiger Vertragswidrigkeiten des Kommissionärs, sondern gerade wegen der Abweichung vom Limito, erhalten, auch wenn er seine Mißbilligung nicht ausspricht; eine Genehmigung der Abweichung ist hier in seinem Schweigen nicht ausgesprochen, denn er war ja gar nicht in der Lage, das Geschäft zurückzuweisen, die dem Absatz 1 zu Grunde liegende ratio trifft hier nicht zu. Der Grund seines Schadensersatzanspruches ist, daß der Kommissionär, indem er vom Limito abweicht, nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Interessen des Kommittenten wahrte; der Schadensersatzbetrag braucht sich also nicht nothwendig mit der Preisdifferenz zu decken, er kann höher und niedriger sein (v. Hahn zu Art. 362 § 10).

3. Die Parteien können die Anwendbarkeit des § 386 ausschließen. Der Ausschluß des Abs. 2 wird schon in dem gemessenen Limito liegen, denn sonst würde dies ganz illusorisch sein. Nr. 10.

4. **Aelteres Recht.** Das ältere Recht stimmte in Art. 364 hinsichtlich der Einkaufskommission überein; dagegen wich es hinsichtlich der Verkaufskommission in Art. 363 ab. Hier gewährte es dem Kommittenten nicht das Zurückweisungsrecht, sondern nur den Anspruch auf die Preisdifferenz. Das hat hinsichtlich der vor dem 1. Januar 1900 ertheilten Verkaufskommissionen zu gelten (Art. 170 E.B.G.B.). Nr. 11.

§ 387.

Schließt der Kommissionär zu vortheilhafteren Bedingungen ab, als sie ihm von dem Kommittenten gesetzt worden sind, so kommt dies dem Kommittenten zu Statten.

Dies gilt insbesondere, wenn der Preis, für welchen der Kommissionär verkauft, den von dem Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt oder wenn der Preis, für welchen er einkauft, den von dem Kommittenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht.

Entw. I § 368, II § 379; Denkschr. I S. 239, II S. 3253; A. D. H.G.B. Art. 372.

1. Die Vorschrift des § 387 ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen, der Kommissionär soll im Interesse des Kommittenten handeln (R.O.H.G. XVIII S. 198). Alle vortheilhafteren Bedingungen, zu denen der Kommissionär abschließt, kommen dem Kommittenten zu Gute, vorausgesetzt, daß es sich wirklich um Abschluß des Geschäfts handelt, das der Kommissionär übernommen hat. Die in Abs. 2 aufgezählten Fälle der Abweichung vom Limito zu Gunsten des Kommittenten sind nur Beispiele.[1] Nr. 1.

[1]) Dahin gehört z. B. bei der Einkaufskommission, daß der Käufer erst eine gewisse Frist nach der Kündigung die Waare abzunehmen und den Preis zu bezahlen braucht (Busch IX S. 228 ff.).

Digitized by Google

Nr. 2. Handelt es sich dagegen nicht um Abschluß des übernommenen Geschäfts, hatte z. B. der Kommittent einen festen Preis gemessen festgesetzt, was freilich klar und unzweideutig geschehen muß (vgl. oben § 386 Nr. 2), so trifft § 387 nicht zu, die Nichtinnehaltung wäre dann Nichtausführung des Geschäfts, die „vortheilhafteren Bedingungen" kommen hier dem Kommittenten deshalb nicht zu gute, weil es gar nicht Bedingungen seines Geschäfts sind. Oder hatte der Kommissionär mehr Waaren eingekauft als er einkaufen sollte, so kommt der vortheilhafte Einkauf des überschüssigen Quantums dem Kommittenten nicht zu gute, denn insoweit ist ein Geschäft geschlossen worden, dessen Schließung er gar nicht übernahm.

Nr. 3. Wohl aber trifft die Bestimmung auch dann zu, wenn der Kommissionär das übernommene Geschäft zwar ausführt, aber in der Absicht, es gar nicht als Kommissionär auszuführen, z. B. der Verkaufskommissionär bei Waaren, die nicht marktgängig sind, als Selbstkontrahent eingetreten ist und dann die Waaren selbst vortheilhafter weiter verkaufte (R.O.H.G. XII S. 180, 189). Denn da er wissen mußte, daß er dazu nicht berechtigt ist, würde er schon aus B.G.B. § 687 Abs. 2 in Anspruch zu nehmen sein, der Vortheil wäre darum dem Kommittenten zu gute gekommen.

Nr. 4. 2. Die Folgen des § 387 können durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Insbesondere kann vereinbart werden, daß der Kommissionär den Mehrbetrag (R.O.H.G. XXII S. 77), zu dem er verkaufte, oder den Minderbetrag, um den er einkaufte, ganz oder zum Theil als Provision behalten dürfe. Eine besondere Kategorie des Trödelvertrages kennt das B.G.B. nicht (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 517, 518). Die bis dahin nothwendige Abgrenzung der Kommission vom Trödelvertrage fällt also fort. Vielmehr wird nur zu untersuchen sein, ob Eigengeschäft oder Kommissionsgeschäft vorliegt. Vgl. dazu oben S. 200 Nr. 10.

Nr. 5. 3. Hat der Kommissionär bei Ertheilung der Kommission verheimlicht, daß ihm ein Angebot zu einem günstigeren Preise vorlag, und den Kommittenten bestimmt, ihm einen Auftrag zu einem ungünstigeren Preise zu ertheilen, so kann der Kommittent die Kommission wegen arglistiger Täuschung anfechten (R.G.E. XLIII S. 113).

Nr. 6. 4. Das ältere Recht (Art. 372) stimmt überein.

§ 388.

Befindet sich das Gut, welches dem Kommissionär zugesendet ist, bei der Ablieferung in einem beschädigten oder mangelhaften Zustande, der äußerlich erkennbar ist, so hat der Kommissionär die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis des Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten unverzüglich Nachricht zu geben; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Ist das Gut dem Verderb ausgesetzt oder treten später Veränderungen an dem Gute ein, die dessen Entwerthung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder ist der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Kommissionär den Verkauf des Gutes nach Maßgabe der Vorschriften des § 373 bewirken.

Entw. I §§ 359, 360, II § 380; Denkschr. I S. 234, 235, II S. 3253; A. D. H.G.B. Art. 365, 366.

Nr. 1. 1. Die Pflichten des Kommissionärs hinsichtlich des empfangenen Kommissionsgutes entspringen dem allgemeinen, in § 384 aufgestellten Grundsatz, daß der Kommissionär bei Ausführung der Kommission das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen hat. Zwar handelt es sich hier um Thätigkeiten, die der eigentlichen Ausführung (Abschluß des Geschäfts) voraufgehen oder nachfolgen. Aber, wie bereits bemerkt ist (§ 384 Nr. 9), erstreckt sich die Verpflichtung des Kommissionärs zur Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten nicht bloß auf den Abschluß des Geschäfts, sondern auf alle diesen Abschluß unterstützenden Thätigkeiten.

Digitized by Google

§ 388 bezieht sich in erster Linie auf denjenigen Kommissionär, dem vom Nr. 2.
Kommittenten Gut zugesendet wird, um hinsichtlich desselben das Geschäft abzuschließen, also auf den Verkaufskommissionär, den Spediteur (§ 407 Abs. 2), den Umtauschkommissionär. Aber er gilt auch für den Kommissionär, dem der Drittkontrahent in Ausführung des Ausrichtungsgeschäfts Gut zusendet, also den Einkaufskommissionär, dem der dritte Verkäufer das eingekaufte Gut, den Exportkommissionär, dem sein Unterkommissionär Gut zusendet. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen beiden Fällen, und die ratio trifft auf jeden zu.

Das Gesetz behandelt nur den Fall der Zusendung von Gut, d. h. von Waaren Nr. 3.
oder Werthpapieren. Seine praktische Hauptanwendung wird § 388 auf den Fall der Zusendung von Waaren finden, aber auch bei Werthpapieren kann es sich um Beschädigungen der Sendung handeln.

2. **Absatz 1** verpflichtet den Kommissionär zur Wahrnehmung der Rechte gegen Nr. 4.
Frachtführer oder Schiffer bei äußerlich erkennbar beschädigtem oder mangelhaftem Zustand der Sendung. Insbesondere kommen die Ansprüche aus §§ 429 ff., § 456, §§ 606 ff. des Binnenschiffahrtsgesetzes, §§ 58 ff. u. s. w. in Betracht. Der Kommissionär wird vor Allem die vorbehaltlose Annahme von Gut und Bezahlung der Fracht zu unterlassen haben, da nach § 438 Abs. 1 dadurch der Anspruch gegen den Frachtführer erlischt; er wird jedenfalls vor der Annahme eine Feststellung des Guts durch amtliche Sachverständige vornehmen lassen müssen (§ 438 Abs. 2); aber auch wenn er nicht annimmt, wird er für den Beweis des Zustandes der Waaren zu sorgen haben (am besten nach C.P.O. § 488, ohne daß er gerade unbedingt auf diesen Weg verwiesen ist),[1]) um seinem Kommittenten die Durchführung der Rechte gegen den Frachtführer und Schiffer zu sichern (für das Seerecht wird er nach H.G.B. §§ 608 f. vorzugehen haben). Er hat endlich dem Kommittenten unverzüglich von dem Zustand der Waare und dem von ihm beobachteten Verhalten Nachricht zu geben, um diesen in den Stand zu setzen, die weiteren Verfügungen zu treffen.

Diese Verpflichtungen spricht das Gesetz nur für den ev. vom Kommittenten zu Nr. 5.
beweisenden (L.G. Meiningen in Z. XXXVIII S. 229) Fall aus, daß die Beschädigung oder der Mangel bei der Ablieferung äußerlich erkennbar ist, weil nur in diesem Falle die vorbehaltlose Annahme des Guts und die Bezahlung der Fracht den Verlust der Rechte gegen den Frachtführer zur Folge hat (§ 438). Tritt die Beschädigung erst nach Annahme des Guts zu Tage, so hat der Kommissionär die durch § 438 Abs. 3 vorgeschriebenen Maßregeln zu ergreifen. Aber auch ohne dies hat er, wenn er Grund zur Annahme einer nicht erkennbaren Beschädigung hat, die Verpflichtung, den Schaden zu konstatiren und die Rechte gegen den Frachtführer geltend zu machen, insbesondere die Auszahlung der Fracht zu verweigern. Ersah er umgekehrt schon vor der Ablieferung die Beschädigung aus den Begleitpapieren, oder wurde sie ihm mitgetheilt, so hat er schon vorher die nöthigen Schritte zu thun, um alle Interessen des Kommittenten zu wahren, insbesondere schleunigst dessen Weisungen über sein Verhalten einzuholen. Unterläßt der Kommissionär, diesen Verpflichtungen nachzukommen, so kann der Kommittent das Geschäft nicht zurückweisen, aber er hat Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Unterlassung erwachsenen Schadens. Weitere Rechte gewährt dem Kommittenten das Gesetz nicht.

Aber der Kommissionär ist zur Wahrung der Interessen des Kom- Nr. 6.
mittenten nicht bloß gegen Frachtführer und Schiffer, sondern auch sonst insbesondere gegenüber dem Drittkontrahenten verpflichtet. Insbesondere hat er als Einkaufskommissionär die Untersuchungs- und Rügepflicht aus §§ 377, 378 zu beobachten und bei verschuldeter Unterlassung dem Kommittenten den dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen. Erstreckte sich die Kommission nur auf den Abschluß des Kaufgeschäfts, während die Waare direkt an den Kommittenten gehen sollte, oder sollte die Waare nur so kurze Zeit beim Kommissionär bleiben, daß er zur Untersuchung nicht schreiten konnte, so cessirt die Pflicht (R.O.H.G. XX S. 316). Umgekehrt hat der Kommissionär das Recht, um seine Rechte gegen den Kommittenten zu wahren, das Gut durch amtlich bestellte Sachverständige untersuchen zu lassen. Seine Rechte gegenüber dem Drittkontrahenten haben mit dem Kommissionsgeschäft überhaupt nichts zu thun.

Die Vorschriften des Abs. 1 werden durch § 391 eingeengt. Darüber bei § 391. Nr. 7.

[1]) Vgl. hierzu Riesenfeld, Die Anstellung von Handels- und Schiffahrtssachverständigen, 1901 § 3.

Digitized by Google

Nr. 8. 3. **Absatz 2.** Das Gesetz gewährt dem Kommissionär das Recht zum Verkauf des Guts nach Maßgabe des § 373 unter gewissen Voraussetzungen:

a) Das Gut muß dem Verderb ausgesetzt sein, sei es, daß dieser Zustand sogleich bei der Ablieferung des Guts vorhanden ist, sei es, daß er später eintritt. Dem Verderb ausgesetzt ist das Gut, wenn „Veränderungen an dem Gut, die dessen Entwerthung befürchten lassen" eingetreten sind. Indem das Gesetz dem bei der Ablieferung vorhandenen, den „später" eintretenden Zustand zur Seite stellt, läßt es erkennen, daß die Worte „ist das Gut dem Verderb ausgesetzt" dasselbe besagen, wie die Worte „Veränderungen an dem Gute, die dessen Entwerthung befürchten lassen". Es handelt sich somit nur um Verderb durch organische Veränderungen in der Substanz (vgl. Grünhut S. 224). Bloße Gefahr durch schlechte Konjunkturen käme nicht in Betracht (Prot. S. 1191). Auf Werthpapiere würde § 388 Abs. 2 somit praktisch keine Anwendung finden. — Die Veränderung muß ferner eine „Entwerthung" befürchten lassen, d. h. eine völlige oder doch erhebliche Entwerthung, die Befürchtung geringfügiger Werthsminderung genügt nicht. Sie muß die Entwerthung „befürchten" lassen, d. h. es muß objektiv gerechter Grund zur Annahme des Eintritts dieser Eventualität vorhanden sein, und zwar des alsbaldigen Eintritts, nicht des möglicherweise in weiter Ferne liegenden Eintritts; letzterenfalls muß der Kommissionär warten.

Nr. 9. b) Es muß Gefahr im Verzuge sein, d. h. es ist keine Zeit mehr da, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder der Kommittent ist in Ertheilung der Verfügung säumig, beziehungsweise er weigert sich, eine Verfügung zu ertheilen (R.O.H.G. XIX S. 255, 256). Hat der Kommittent eine andere Verfügung ertheilt, hat er insbesondere den Verkauf verboten, so muß der Kommissionär dem unbedingt Folge leisten. In eigenem Interesse darf der Kommissionär nicht aus § 388 Abs. 2 verkaufen, es handelt sich hier nicht um Selbsthülfeverkauf, sondern um eine Art Geschäftsführung ohne Auftrag (R.O.H.G. V S. 293). War noch Zeit, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, so muß sich der Kommissionär an den Kommittenten vorher wenden, verkauft er, ohne die Weisung des Kommittenten einzuholen, so kann er nicht einmal als negotiorum gestor Ansprüche geltend machen (vgl. B.G.B. § 681).

Nr. 10. c) Daß das Gut dem Kommissionär zugesandt ist, ist nicht gerade nothwendig. Denkbar ist, daß der Kommissionär es schon vor Ertheilung der Kommission in Besitz hatte oder daß er es durch constitutum possessorium dem Kommittenten vor Ertheilung der Kommission zu Eigenthum übertragen hatte. Die ratio des Abs. 2 trifft auch auf solche Fälle zu. Auch ist es gleichgültig, von wem das Gut der Kommissionär erhalten hatte, ob vom Kommittenten oder vom Drittkontrahenten.

Nr. 11. d) Unter diesen Voraussetzungen kann der Kommissionär das Gut in Gemäßheit des § 373 ohne vorgängige Androhung öffentlich versteigern lassen, und, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, den Verkauf auch aus freier Hand durch einen öffentlich dazu ermächtigten Handelsmäkler oder Versteigerer zum laufenden Preise für Rechnung des Kommittenten vornehmen lassen. Hält er sich nicht an die Vorschriften des § 373, so hat er den Verkauf nicht als Kommissionär vorgenommen. Doch könnte er als Geschäftsführer ohne Auftrag immerhin noch gegen den Kommittenten Ansprüche erheben. Nur wird ihm der Nachweis obliegen, daß der andersartige Verkauf den Kommittenten nicht nachtheiliger gestellt hat, als der Verkauf, der sich in den Formen des § 373 abspielte (so auch Staub § 388 Anm. 10, vgl. auch Grünhut S. 214).

Nr. 12. e) Unterläßt der Kommissionär überhaupt den Verkauf, trotzdem er sich bei pflichtgemäßer Sorgfalt sagen mußte, daß das Interesse des Kommittenten alsbaldigen Verkauf erheische, so macht er sich schadensersatzpflichtig (R.O.H.G. XIX S. 256).

Nr. 13. 4. Das ältere Recht stimmte überein (Art. 365, 366). Die Form der Feststellung durch Sachverständige regelt sich auch für vor dem 1. Januar 1900 ertheilte Kommissionen vom 1. Januar 1900 ab nach neuem Recht.

§ 389.

Unterläßt der Kommittent, über das Gut zu verfügen, obwohl er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist, so hat der Kommissionär die nach § 373 dem Verkäufer zustehenden Rechte.

Entw. I §§ 361, 373, II § 381; Denkschr. I S. 234, 235, 241, II S. 3253, 3256; A. D. H.G.B. Art. 366 Abs. 2.

Digitized by Google

1. Unter die Fälle, die § 389 im Auge hat, gehört vor Allem der, daß der Kommittent das Kommissionsgut dem Kommissionär abzunehmen verweigert, sei es, nachdem die Kommission ausgeführt ist, sei es, weil die Ausführung der Kommission durch Widerruf oder aus sonst einem Grunde unterbleibt und der Kommissionär nun das Gut zurückgeben will. Diesenfalls ist der Kommittent in Annahmeverzug. Aber er ist auch bei verschuldeter Weigerung in Leistungsverzug. Denn das Gesetz stellt als Voraussetzung hin, daß er verpflichtet sei, nach Lage der Sache über das Gut zu disponiren, und in der schuldhaften Nichterfüllung dieser Verpflichtung liegt Leistungsverzug. Der Kommissionär hat es folglich in seiner Wahl, die aus dem Annahmeverzug und die aus dem etwaigen Leistungsverzug des Kommittenten sich ergebenden Konsequenzen zu ziehen. Nr. 1.

a) Der Annahmeverzug des Kommittenten berechtigt den Kommissionär, das Kommissionsgut nach bürgerlichem Recht bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle zu deponiren, sofern es depositionsfähig ist (B.G.B. § 372, E.B.G.B. Art. 146), er kann es aber auch selbst in Verwahrung behalten und haftet dann nur während des Annahmeverzuges für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (B.G.B. § 300). Der Kommissionär kann aber auch nach § 373 Abs. 1 das Gut privatim niederlegen, sofern er bei Auswahl des Verwahrers die nöthige Sorgfalt beobachtet. Er kann endlich zum Selbsthülfeverkauf für Rechnung des säumigen Kommittenten nach § 373 Abs. 2 schreiten. Diesenfalls bedarf es vorgängiger Androhung, die nur unterbleiben darf, wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, wie überhaupt alle Formen des § 373 zu beobachten sind bei Vermeidung der Unwirksamkeit des Selbsthülfeverkaufs oder doch der Schadensersatzpflicht nach näherer Maßgabe des bei § 373 Erörterten. — Nicht bezieht sich § 389 auf den Fall, daß der Kommittent vom Verkaufskommissionär den aus der Ausführung des Geschäfts erhaltenen Kaufpreis oder vom Einkaufskommissionär die mangels Ausführung wieder zur Verfügung gestellte Kaufsumme anzunehmen weigert. Hier liegt nicht „Gut" im Sinne des Gesetzes vor. Vielmehr kann der Kommissionär sich hier nur nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts helfen. Nr. 2.

b) Der Leistungsverzug des Kommittenten berechtigt den Kommissionär aber auch, nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts (B.G.B. §§ 286 ff., 326) vorzugehen. Er kann also auf Abnahme des Guts und Ersatz des ihm entstehenden Schadens klagen, er kann auch die durch das B.G.B. § 326 gewährten Rechte ausüben. Insbesondere kann dies von Wichtigkeit sein für den Einkaufskommissionär, der durch Ausübung des Rücktrittsrechts aus B.G.B. § 326 die Möglichkeit erhält, das eingekaufte Gut selbst zu behalten (a. A. Denkschr. II S. 3256).[1] Nr. 3.

c) Ueber die Fälle sonstiger mora solvendi des Kommittenten bei § 397. Nr. 4.

2. Das ältere Recht (Art. 366 Abs. 2) stimmte mit § 389 überein. Ueber die Folgen des Annahme- und Leistungsverzuges des Kommittenten im Falle des § 389 normirt bei vor dem 1. Jan. 1900 ertheilten Kommissionen das ältere Recht. Nr. 5.

§ 390.

Der Kommissionär ist für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes verantwortlich, es sei denn, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten.

Der Kommissionär ist wegen der Unterlassung der Versicherung des Gutes nur verantwortlich, wenn er von dem Kommittenten angewiesen war, die Versicherung zu bewirken.

Entw. I § 362, II § 382; Denkschr. I S. 235, II S. 3253; A. D. H.G.B. Art. 367.

[1] Im Entw. I § 373 waren dem Einkaufskommissionär, solange er in der Lage war, sich aus dem Gut als Pfandgläubiger Befriedigung zu verschaffen, die aus B.G.B. § 326 gewährten Rechte genommen. Im Entw. II fehlt dieser §. Die Denkschr. II S. 3256 spricht trotzdem dem Einkaufskommissionär dies Recht ab, m. E. mit Unrecht. (Vgl. auch Adler bei Holdheim VI S. 170, Cosack S. 226.)

Digitized by Google

Nr. 1. I. **Absatz 1.** Der Kommissionär, der als solcher das Kommissionsgut in Verwahrung nimmt, ist nicht Depositar. Die Grundsätze des B.G.B. über die Verwahrung greifen also nicht Platz. Vielmehr bleibt er Kommissionär. Das Maß der ihm obliegenden Sorgfalt bemißt sich somit aus § 384. Wie er verpflichtet ist, die Kommission mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen, so haftet er für Verlust und Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes, wenn er nicht nachweist, daß diese auf Umständen beruhten, die auch durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. Dabei trifft ihn in Gemäßheit von B.G.B. § 282 die Last des Exkulpationsbeweises. Im Einzelnen gilt:

Nr. 2. 1. Der Kommissionär muß **als solcher** das Kommissionsgut verwahren, gleichgültig, ob ihm dieses vom Kommittenten oder vom Drittkontrahenten übersandt ist, oder ob er es früher selbst in anderer Eigenschaft (z. B. als Lagerhalter) besessen hatte und nach Eingehung des Kommissionsgeschäfts in Verwahrung behält. — Nicht fällt unter § 390 der Fall, daß ein Kaufmann die mit der Kommissionsgeschäfts-Offerte übersandte Waare trotz Ablehnung der Offerte behält, wozu er unter Umständen nach § 362 Abs. 2 verpflichtet ist, nicht der Fall, daß nach Erledigung der Kommission der Kommissionär kraft besonderen Verwahrungsvertrages das Gut behält.[1]) — Nicht fällt unter § 390 ferner der Fall, daß ein Kommissionär vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht, also als Verkaufskommissionär das übersandte Gut selbst gekauft hat, mit diesem Moment regelt sich die Gefahrstragung nach den Grundsätzen vom Kauf (B.G.B. § 446, H.G.B. § 379). Hat er als Einkaufskommissionär das Gut selbst verkauft, so gilt das bei § 373 Nr. 5, 6, 14 Bemerkte.

Nr. 3. 2. Er muß das Kommissions**gut** verwahren, d. h. der Verkaufskommissionär das zu verkaufende, der Einkaufskommissionär das eingekaufte Gut, der Umtauschkommissionär das zum Umtausch übergebene und das in Umtausch erhaltene Werthpapier. Auf die Verpflichtung, den erhaltenen Kaufpreis an den Kommittenten auszukehren, bezieht sich § 390 selbstverständlich nicht.

Nr. 4. 3. Er muß das Gut **verwahren.** Es beginnt seine Haftpflicht also erst mit dem Moment der Verwahrung. Solange das Gut bei ihm noch nicht eingetroffen ist, ist § 390 nicht anwendbar, und von dem Moment ab, in dem er das Gut aus seiner Verwahrung entlassen hat, cessirt § 390. Doch kann eine Haftung dann aus anderem Grunde bestehen. Hat er das Gut einem Dritten in Verwahrung gegeben, so würde er, wenn die Hingabe eine statthafte war, nur für culpa in eligendo haften, er hätte also nur nachzuweisen, daß er bei der Auswahl des Dritten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfuhr. War die Hingabe eine unstatthafte, so läge je nach der Sachlage ein pflichtwidriges Verhalten, das zum Schadensersatz verpflichtet, oder eine Abweichung von der Weisung des Kommittenten vor, die diesen berechtigt, das Geschäft abzulehnen.

Nr. 5. 4. Als Kommissionär soll er für **Verlust** und **Beschädigung** des Gutes verantwortlich sein. Das Gut ist verloren nicht bloß dann, wenn es wider Willen des Kommissionärs abhanden gekommen oder untergegangen ist, z. B. durch Diebstahl, Weglaufen von Thieren, Verlieren, Konfiskation, sondern auch, wenn der Kommissionär es veruntreute. Der Begriff des Verlustes ist aus der Person des Kommittenten zu beurtheilen (vgl. R.O.H.G. VIII S. 332, XV S. 30). Auch ist es irrelevant, ob der Aufenthalt des Guts bekannt ist oder nicht, sofern der Kommissionär nur nicht in der Lage ist, es herauszugeben (vgl. R.O.H.G. IV S. 14). Das Gut ist beschädigt, wenn substantielle Werthsverminderungen an ihm eintreten (R.O.H.G. IX S. 278), dagegen fällt nicht unter den Begriff der Beschädigung das Eintreten ungünstiger Konjunkturen, Versäumniß der rechten Gelegenheit zum Verkauf, oder sonstige nicht gehörige Ausführung der Kommission. Doch haftet der Kommissionär für den dadurch entstehenden Schaden nach allgemeinen Grundsätzen.

---

[1]) Als Erledigung der Kommission gilt beim Einkaufskommissionär nicht unter allen Umständen die Uebertragung des Eigenthums an den Kommittenten, so gut der Verkaufskommissionär, trotzdem er Sachen des Kommittenten in Verwahrung hat, Pflichten des Kommissionärs hat, so gut bleibt der Einkaufskommissionär Kommissionär, obwohl das Eigenthum an dem Gut an den Kommittenten übertragen ist. Insbesondere darf § 7 Abs. 2 des Bankdepotgesetzes nicht in entgegengesetztem Sinne aufgefaßt werden. Dies ist wichtig für das Pfandrecht des Kommissionärs.

Digitized by Google

5. Von der Haftung befreit ihn der Beweis, daß **Verlust oder Beschädigung auf Umständen beruhen, die er trotz Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abwenden konnte.** Nr. 6.

Der Kommittent braucht also nur die Thatsache des Verlustes oder der Beschädigung nachzuweisen, der Kommissionär muß den Exkulpationsbeweis führen. Diesen Beweis führt er nicht schon dadurch, daß er als unmittelbare Ursache des Verlustes eine höhere Gewalt (Blitzschlag, Feuersbrunst u. s. w.) nachweist, sondern er muß auch darlegen, daß er alles gethan hat, um die schädigenden Wirkungen solches Ereignisses abzuwenden oder zu mindern, z. B. daß ihn bei Brand keine Nachlässigkeit mit Bezug auf Entstehung oder auf das Umsichgreifen trifft, daß er die nöthigen Maßregeln zur Bergung der Waaren ergriff, daß das Lokal, in dem die Waare untergebracht war, den Umständen entsprechend genügende Sicherheit gegen Feuersgefahr bot u. s. w. (Busch X S. 373 ff., Grünhut S. 217—218, vgl. auch Busch XII S. 202). Er ist dabei auch nicht befugt, vorerst für seine eigenen Sachen Sorge zu tragen und die des Kommittenten zurückzulassen, vielmehr hat er wie ein ordentlicher Kaufmann alle Sachen ohne Rücksicht auf sein eigenes Interesse unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung und ihres Werthes gleichmäßig zu behandeln. Zur Kasuistik: Busch XV S. 479 (Spediteur). Daß er umgekehrt das Kommissionsgut schlechterdings vor dem seinigen bevorzuge, ist von ihm nicht zu verlangen (Grünhut S. 219).

Selbstverständlich kann von ihm nicht verlangt werden, daß er einen mathematischen Beweis seiner Exkulpation in der Richtung führt, daß er, alle in abstracto in Betracht kommenden Möglichkeiten hereinziehend, darthut, daß nichts geschehen oder unterlassen sei, was ihn belasten könnte, sondern es handelt sich darum, daß er mit Rücksicht auf den in concreto in Betracht kommenden scheinbaren Verlust- oder Beschädigungsgrund seine Schuldlosigkeit durch Nachweis seiner Handlungsweise darlegt, deren Beurtheilung dann dem Richter obliegt (R.O.H.G. XIX S. 215, vgl. z. B. die belehrende Entsch. bei Busch XXXIV S. 349 [für den Spediteur]). Es ist dann Sache des Kommittenten, auf nach seiner Ansicht begangene Versehen hinzuweisen und den Kommissionär zu veranlassen, hinsichtlich dieser sich zu exkulpiren (R.O.H.G. VIII S. 201, XII S. 386, R.G.E. XI S. 134).

6. Er haftet für allen Schaden, der dem Kommittenten in Folge des durch ihn verschuldeten Verlustes (oder der Beschädigung) entsteht. Dieser Schade kann bei Verlust u. U. das Limito, das der Kommittent gesetzt hatte, übersteigen, wenn zur Zeit des Verlustes z. B. die zu verkaufende Waare höher im Preise stand, er kann aber auch dahinter zurückbleiben. Weist der Kommissionär nach, daß er das Limito nie hätte erreichen können, so hat er nur den höchsten Werth zwischen der Zeit des Verlustes und der Zeit, in der der Kommittent die Nachricht vom Untergang erhielt, zu ersetzen (nicht ganz so Grünhut S. 220, 221). Nr. 7.

II. **Absatz 2.** Nr. 8.

1. Zur **Versicherung** des Gutes ist der Kommissionär nur bei besonderer Weisung des Kommittenten verpflichtet. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, das Letztere insbesondere dann, wenn der Geschäftsgebrauch zwischen den Parteien bei früheren Gelegenheiten solche mit sich brachte (Grünhut S. 229, 230, R.O.H.G. VII S. 361, Bolze VIII Nr. 436, O.L.G. Hamb. in H. GZ. XVI S. 21), oder wenn ein Handelsgebrauch in Frage steht. Die Nichtbeobachtung solcher Weisung zieht dann die allgemeinen Folgen des § 385 nach sich. — Fehlt es an besonderer Weisung, so kann der Kommittent dem Kommissionär keinen Vorwurf daraus machen, daß er nicht versicherte, auch dann nicht, wenn die Versicherung am Platz gewesen wäre. Denn das Gesetz hat hinsichtlich der Versicherungspflicht eine Spezialvorschrift getroffen, auf die sich der Kommissionär unter allen Umständen berufen darf. — Umgekehrt, hat der Kommissionär ohne Anweisung versichert, so kann er als negotiorum gestor seine Ansprüche auf Ersatz der Prämie geltend machen (B.G.B. §§ 683—685). Doch gilt dies nicht, wenn der Kommittent die Versicherung ausdrücklich untersagt hatte oder wenn bei früheren Gelegenheiten diese Untersagung erfolgt war (B.G.B. § 678).

2. Hat der Kommissionär die Weisung zur Versicherung erhalten, so ist er verpflichtet, sie auszuführen, er kann sie nach Uebernahme der Kommission nicht ablehnen, sie ist Bestandtheil der Kommissionsausführung (Burchard, Spedition S. 246). Bei der Ausführung hat er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prästiren (vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht I S. 199 ff.). Insbesondere hat er die Versicherung baldigst einzugehen, schuldhaftes Zögern würde Schadensersatzpflicht begründen (Ehrenberg I S. 200). Bei der Auswahl des Versicherers wird er die Nr. 9.

Digitized by Google

schuldige Sorgfalt zu beobachten haben; daß er bei einer ausländischen Gesellschaft versichert, ist noch nicht kulpos (R.O.H.G. XXV S. 73). Gegen welche Gefahren er Versicherung zu nehmen hat, richtet sich nach dem Inhalt der Weisung, bei allgemeiner Weisung („Versicherung gegen jeden Schaden") hat er gegen alle Gefahren, die für den vorliegenden Fall üblicherweise als gemeint gelten, versichern zu lassen (Busch XVIII S. 64, Bolze XIX Nr. 465), darum auch nur soweit, als eine Versicherungsübernahme zu erreichen ist (Ehrenberg I S. 201, Burchard S. 262).

Nr. 10. Hinsichtlich des Inhalts der Versicherungsverträge hat er bestmögliche Bestimmung zu treffen, insbesondere dafür zu sorgen, daß die Versicherung in gewöhnlicher Weise erfolgt (R.G.E. VI S 115). Sind ihm Weisungen hinsichtlich der Höhe der Prämie ertheilt worden, so greifen die bei § 385 Nr. 4 erörterten Grundsätze Platz. Im Zweifel hat er den vollen Werth des Guts unter Versicherung zu bringen. Bei Seeversicherung ist er nicht verpflichtet, imaginären Gewinn zu versichern (R.O.H.G. XXI S. 172, vgl. dazu Ehrenberg I S. 200 Anm. 34). Zum Selbsteintritt ist er nicht berechtigt (Ehrenberg I S. 201). Er hat alles zu thun, was dem Versicherungsnehmer obliegt, damit ihm der Anspruch auf die Versicherungssumme erhalten bleibt, insbesondere die Prämie zu zahlen, die gehörige Anzeige zu machen u. s. w. (Ehrenberg I S. 202). Von dem abgeschlossenen Vertrage hat er dem Kommittenten Anzeige zu machen. Für die Solvenz des Versicherers haftet er, vorausgesetzt, daß er bei der Auswahl vorsichtig war, nicht, es sei denn, daß er Delkredere übernommen hat, wozu er nicht verpflichtet ist. Selbstverständlich aber ist er gehalten, die Forderungen gegen den Versicherer abzutreten (§ 392).

Nr. 11. Von der oben erörterten Haftpflicht wird der Kommissionär auch dann nicht befreit, wenn er zugleich für eigene und für fremde Rechnung Versicherung nimmt. Der Umstand, daß er auch sein eigenes Interesse besorgt, mindert nicht den Grad der anzuwendenden Sorgfalt (R.O.H.G. XXI S. 173, Ehrenberg I S. 199 Anm. 30).

Nr. 12. Ueber die Rechtsverhältnisse gegenüber dem Versicherer entscheiden die Grundsätze über Versicherung für fremde Rechnung (Ehrenberg S. 189 ff.).

Nr. 13. 3. Was oben ausgeführt ist, gilt nur vom Abschluß eines Versicherungsvertrages in streng juristischem Sinne. Was man im Leben „Versicherung" nennt, fällt nicht stets darunter, z. B. gewisse Modifikationen eines Frachtvertrages (Werthdeklaration, R.G. XXVIII S. 142). Vgl. Ehrenberg I S. 55, 56.

Nr. 14. III. Ueber die besonderen Pflichten des Einkaufskommissionärs von Werthpapieren bezüglich der in seinem Gewahrsam befindlichen, in das Eigenthum des Kommittenten übergegangenen Werthpapiere Bankdepotgesetz §§ 7 Abs. 2, 1.

Nr. 15. IV. Das ältere Recht (Art. 367) stimmte überein.

§ 391.

Ist eine Einkaufskommission ertheilt, die für beide Theile ein Handelsgeschäft ist, so finden in Bezug auf die Verpflichtung des Kommittenten, das Gut zu untersuchen und dem Kommissionär von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen, sowie in Bezug auf die Sorge für die Aufbewahrung des beanstandeten Gutes und auf den Verkauf bei drohendem Verderbe die für den Käufer geltenden Vorschriften der §§ 377 bis 379 entsprechende Anwendung. Der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung der Rechte, die dem Kommissionär gegen den Dritten zustehen, von welchem er das Gut für Rechnung des Kommittenten gekauft hat, wird durch eine verspätete Anzeige des Mangels nicht berührt.

Entw. I § 363, II § 383; Denkschr. I S. 235, 236, II S. 3254.

Nr. 1. Nach der bisher herrschenden Ansicht (R.O.H.G. XXV S. 214) war der Einkaufskommittent gegenüber dem Einkaufskommissionär zur Beobachtung der Vorschriften des § 377 nicht verpflichtet, und ebensowenig fand § 379 auf ihn unmittelbare Anwendung. Nur wenn der Einkaufskommissionär von dem ihm zustehenden Selbsteintrittsrecht Gebrauch machte, wurde — freilich nicht ohne vereinzelten Widerspruch (vgl. Hanausek,

Digitized by Google

Haftung I S. 203) -- angenommen, daß der Käufer gewordene Kommittent den genannten Bestimmungen unterstand.

Demgegenüber dehnt § 391 die Untersuchungs-, Rüge- und Aufbewahrungspflicht der §§ 377—379 auf den Fall der Einkaufskommission aus, die für beide Theile ein Handelsgeschäft ist. Das will besagen:

1. Es muß sich um eine Kommission zum **Einkauf** von Waaren- oder Werthpapieren oder zur Bestellung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist (§ 406 Abs. 2), handeln; auch die Kommission zum Eintausch wird man hierher ziehen können (vgl. bei § 377 Nr. 5). Auch auf die Kommission zur Ertheilung der Kommission zum Einkauf wird § 391 Anwendung finden müssen. Nr. 2.

2. Die Einkaufskommission muß für **beide Theile ein Handelsgeschäft** sein, d. h. nicht bloß für den Kommissionär, sondern auch für den Kommittenten. Der Kommittent muß also Kaufmann sein und die Kommission im Betriebe seines Handelsgewerbes ertheilt haben. Auf den Verkehr des Einkaufskommissionärs mit den nichtkaufmännischen Kommittenten ist somit § 391 nicht zu erstrecken. Dagegen ist es gleichgültig, ob der Einkauf selbst ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, also der dritte Verkäufer Kaufmann ist und den Verkauf im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt. Wie § 391 Anwendung findet, wenn der Kommissionär etwa von dem Landwirth Getreide einkauft und seinem kaufmännischen Kommittenten übersendet, so findet er keine Anwendung, wenn der Bankier Papiere von einem anderen Bankier einkauft und dem nichtkaufmännischen Kommittenten übersendet. Die Frage, ob der Einkauf beiderseitiges Handelsgeschäft ist, spielt eine Rolle freilich für die Pflichten und Rechte des Kommissionärs gegenüber dem Drittkontrahenten; mittelbar wird hiervon der Kommittent insofern betroffen, als die Unterlassung der dem Einkaufskommissionär gegenüber dem Dritten obliegenden Pflichten den Kommittenten der Ansprüche auf Geltendmachung von Mängeln gegen den Dritten berauben kann. Nr. 3.

3. Gleichgültig ist, ob das Ausrichtungs- (Einkaufs-)geschäft Spezies- oder Gattungskauf, Platz- oder Distanzgeschäft ist. Auch die Anwendbarkeit des § 379 ist nicht davon abhängig, daß die Waare dem Einkaufskommissionär von dem Drittkontrahenten übersendet ist. Wohl aber ist für die Anwendbarkeit des § 379 (nicht der §§ 377, 378) nothwendig, daß dem Kommittenten die Waare von einem anderen Orte übersandt ist; übermittelt der Kommissionär die Waare am selben Ort dem Kommittenten, so greift § 379 nicht Platz. Nr. 4.

4. Die Einkaufskommission darf nicht durch Ausübung des Selbsteintrittsrechts seitens des Einkaufskommissionärs erledigt sein. Liefert der Einkaufskommissionär selbst als Verkäufer, so finden die §§ 377—379 unmittelbare Anwendung. Nr. 5.

5. Der **Kommittent** hat unter den obigen Voraussetzungen die Waare unverzüglich nach der Ablieferung an ihn, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang thunlich ist, **zu untersuchen** und dem Kommissionär unverzüglich von Mängeln **Anzeige zu machen**[1]); ebenso hat er später entdeckte, nicht bei sofortiger Untersuchung erkennbare Mängel sofort nach der Entdeckung anzuzeigen; ebenso hat er, wenn der Einkaufskommissionär eine andere als die aufgetragene Waare oder eine andere Quantität liefert, zu untersuchen und zu rügen, sofern nicht das Gelieferte offensichtlich von der Kommission so erheblich abweicht, daß der Einkaufskommissionär die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte. In allen diesen Beziehungen ist auf das bei §§ 377, 378 Bemerkte zu verweisen. Unterläßt der Kommittent, diesen seinen Verpflichtungen nachzukommen, so hat er seine Ansprüche gegen den Kommissionär wegen nicht gehöriger Ausführung der Kommission verloren, es sei denn, daß der Kommissionär arglistig gehandelt hat. Er hat somit verloren seine Ansprüche auf Schadenersatz und sein Zurückweisungsrecht (§ 385), wird ein aliud geliefert, so ist anzunehmen, daß er mit Ausführung der Kommission durch Lieferung des aliud einverstanden ist, also die in der Lieferung des aliud liegende Offerte des Kommissionärs stillschweigend genehmigt hat. § 391 enthält somit eine bedeutsame Ausnahme von dem oben bei § 385 Nr. 6 erörterten Grundsatz, daß im Schweigen des Kommittenten noch nicht eine Genehmigung der Abweichungen von der Kommission liege. — Dagegen hat der Kommittent Ansprüche, die nichts mit Mängeln der Waare zu thun haben, z. B. aus verspäteter Ausführung der Kommission, nicht verloren. Nr. 6.

[1]) Bei Kommission zum Einkauf von Vieh wird dies cessiren, da nach § 382 hier auch dem Käufer die Rügepflicht nicht obliegt.

Digitized by Google

Nr. 7. 6. Wohl aber behält der Kommittent **alle Ansprüche auf Abtretung der Rechte, die dem Einkaufskommissionär gegen den dritten Verkäufer zustehen.** Diese Ansprüche gelten ja ohnehin nach § 392 Abs. 2 im Verhältniß zwischen Kommittent und Kommissionär als Forderungen des Kommittenten. Soweit somit der Kommissionär gegen den dritten Verkäufer wegen eines Mangels in Qualität oder Quantität oder wegen Lieferung eines aliud Ansprüche hat, kann der Kommittent Abtretung dieser Ansprüche verlangen. War das Ausrichtungsgeschäft ein beiderseitiges Handelsgeschäft, und hat der Einkaufskommissionär nicht rechtzeitig gerügt, somit gegenüber dem Verkäufer das Präjudiz der Genehmigung der Waare nach §§ 377, 378 herbeigeführt, so fragt es sich, ob der Kommittent ihn wegen des darin liegenden schuldhaften Verhaltens auf Schadensersatz belangen kann, trotzdem der Kommittent seinerseits es unterlassen hat, nach § 391 ihm gegenüber rechtzeitig zu rügen. Diese Frage ist zu verneinen (so auch Stübel im Sächs. Archiv X S. 454). Das Präjudiz der Genehmigung, das § 391 für den Kommittenten aufstellt, umfaßt auch das Verhalten des Kommissionärs gegenüber dem Dritten, soweit es sich um die betreffenden Mängel handelt. Anderenfalls würde dem Kommissionär mit § 391 nicht viel geholfen sein. Der Zweck des § 391 war ja gerade, den Kommissionär dagegen zu sichern, daß der kaufmännische Kommittent nachträglich Mängel der Waare geltend machte. Dieser Zweck würde vereitelt werden, wenn man dem Kommittenten gestattete, den Kommissionär aus dem Gesichtspunkt des schuldhaften Verhaltens bei Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten gegenüber dem Dritten zu belangen. Insofern enthält § 391 auch eine Einschränkung des in § 384 aufgestellten Prinzips. Damit ist freilich die Lage der nichtrügenden Einkaufskommittenten eine verschieden günstige, je nachdem der dritte Verkäufer Kaufmann oder Nichtkaufmann ist. Ersterenfalls trifft ihn der Schade aus unterlassener Reklamation des Kommissionärs gegenüber dem Dritten, letzterenfalls hat er Anspruch auf die dem Kommissionär nach bürgerlichem Recht zustehenden Ansprüche gegen den dritten Verkäufer. — Dasselbe wird hinsichtlich der Ansprüche gegenüber Frachtführer und Schiffer zu gelten haben. Der Einkaufskommittent, der nicht rechtzeitig nach § 391 rügt, kann den Kommissionär nicht mehr aus § 388 belangen, weil er es unterließ, die Rechte gegen den Frachtführer zu wahren.

Nr. 8. 7. **Beanstandet** [1]) der Einkaufskommittent die ihm von einem anderen Orte durch den Einkaufskommissionär oder auf dessen Veranlassung in Erfüllung der Einkaufskommission übersendete Waare, so hat er für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen und haftet dem Kommissionär eventuell auf Schadensersatz. Er hat andererseits das Nothverkaufsrecht des § 379 Abs. 2. In allen diesen Beziehungen gilt das bei § 379 Bemerkte.

Nr. 9. 8. Hinsichtlich des Rechts des Kommittenten, Beweisaufnahme durch Feststellung des Umstandes der Waare durch Sachverständige zu beantragen, gilt das bei § 379 Nr. 25 Bemerkte.

Nr. 10. 9. Auf den Fall der **Verkaufs**kommission bezieht sich § 391 nicht. Der Verkaufskommissionär ist gegenüber dem Kommittenten nicht zur Untersuchung und Rüge der ihm von letzterem behufs Verkaufs übersandten Waare verpflichtet. Er hat nur die Rechte gegen Schiffer und Frachtführer aus § 388 wahrzunehmen. Stellen sich nach erfolgtem Verkauf Mängel heraus, die der dritte Käufer rügt, so hat der Verkaufskommissionär nur die Verpflichtung, von der Reklamation des Dritten dem Kommittenten Nachricht zu geben und dessen Weisung einzuholen; doch verpflichtet ihn die Unterlassung nur zum Schadensersatz. Des Rechts, sich auf den mangelhaften Zustand des Guts gegen den Kommittenten zu berufen, geht er nicht verlustig (R.O.H.G. XXI S. 147, O.L.G. Hamb. in Z. XXXVIII S. 229, Grünhut S. 214 Anm. 12, Lepa S. 160, 161). Für den Fall des Selbsteintritts als Käufer gilt natürlich ein Anderes. Würde der Verkaufskommissionär bei der Anzeige von der Ausführung der Kommission den dritten Käufer nicht namhaft machen, so könnte ihn der Kommittent nach § 384 Abs. 3 für die Erfüllung des Geschäfts haftbar machen; aber auch in diesem Falle kann der Verkaufskommissionär die dem Dritten zustehenden Einwendungen wegen Mängel der Waare geltend machen, und das Gleiche gilt bei übernommener Delkrederehaftung (R.O.H.G. XXI S. 146 f.).

Nr. 11. 10. Das ältere Recht legte dem Kommittenten diese Verpflichtungen — wenigstens nach der herrschenden Ansicht — nicht auf. Für vor dem 1. Januar 1900 ertheilte Einkaufskommissionen bleibt das ältere Recht maßgebend.

---

[1]) Der Grund der Beanstandung wird auch hier nicht bloß auf Mängel zu beschränken sein. Vgl. bei § 379 Nr. 4.

Digitized by Google

§ 392.

Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

Entw. I § 364, II § 384; Denkschr. I S. 236—238, II S. 3254, 3255; A. D. H.G.B. Art. 368, 360 Abs. 2.

I. **Vorbemerkung.** § 392 weicht insofern von den übrigen Bestimmungen dieses Abschnittes ab, als er nicht bloß das interne Verhältniß zwischen Kommissionär und Kommittenten, sondern auch das Verhältniß des Kommittenten zu dem Drittkontrahenten behandelt, freilich nur mit Bezug auf Forderungen aus dem Geschäft gegen den Drittkontrahenten. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird hier das ganze rechtliche Verhältniß zum Drittschuldner zu erörtern sein.

II. **Absatz 1.** Der noch im alten H.G.B. Art. 360 Abs. 2 enthaltene Satz, daß Nr. 1.
durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schließt, er allein berechtigt und verpflichtet werde, während zwischen dem Kommittenten und dem Dritten daraus keine Rechte und Pflichten entstehen, ist in das neue Gesetzbuch nicht übernommen worden. Allein die Begriffsbestimmung des § 383 und der Inhalt des § 392 weisen auf dasselbe Resultat hin.

Indem der Kommissionär in eigenem Namen abschließt, wird er persönlich aus den Geschäften mit dem Dritten berechtigt und verpflichtet, nur er kommt dem Dritten gegenüber in Betracht, nicht der Kommittent (vgl. zum Folgenden Grünhut S. 324 ff.). Für den Dritten ist der Umstand, daß der Kommissionär für fremde Rechnung abgeschlossen hat, irrelevant, der Kommissionär gilt ihm gegenüber, als ob er für eigene Rechnung aufgetreten wäre. Der Dritte wird meist gar nichts von der Kommission wissen, denn der Zweck der Kommission ist ja gerade, den Kommittenten im Hintergrunde zu lassen. Aber selbst, wenn er etwas davon weiß, kann es ihm gleichgültig sein, selbst wenn er die Person des Kommittenten kennt,[1]) selbst wenn sie ihm genannt ist, selbst wenn dieser bei dem Geschäft zugegen ist, entstehen doch zwischen dem Dritten und dem Kommittenten keine rechtlichen Wirkungen (R.O.H.G. IV S. 173, 174, R.G.E. XXXII S. 41, vgl. Busch VIII S. 132: Spediteur). Nur der Kommissionär erwirbt Ansprüche gegen den Dritten und der Dritte Ansprüche gegen ihn. Doch ist dabei immer Voraussetzung, daß der Kommissionär wirklich in eigenem Namen und nicht im Namen des Kommittenten aufgetreten ist; letzterenfalls hört er auf, Kommissionär zu sein und wird direkter Stellvertreter. Demgemäß bedarf der Kommissionär, um gegen den Dritten vorzugehen, keiner Abtretung des Anspruches, solche Abtretung ist juristisch ganz undenkbar. Denn wenngleich das Interesse des Kommissionärs von dem des Kommittenten meist abhängen wird, so erscheint dies doch nur als ein Glied des Thatbestandes, der Geltendmachung des eigenen Interesses (R.O.H.G. XXII S. 253, R.G.E. XXVII S. 126, XL S. 175, 190), die formelle Gläubigerrolle steht dem Kommissionär, nicht dem Kommittenten zu (R.O.H.G. XI S. 259 f., XIV Nr. 123 S. 400, R.G.E. XII S. 112). Demgemäß kann der Kommissionär dem Dritten gegenüber mit Gegenforderungen aufrechnen, die aus einem mit dem Dritten von ihm geschlossenen Eigengeschäft herstammen und umgekehrt kann der Dritte gegen die Ansprüche des Kommissionärs als solchen mit Gegenansprüchen aufrechnen, die er gegen den Kommissionär aus einem mit dem Kommissionär geschlossenen Eigengeschäft hat; hat der Kommissionär dem Kommittenten den Anspruch abgetreten, so hat der Dritte gegen den Kommittenten alle Einreden, die ihm gegen den Cessionar einer Forderung zustehen (B.G.B. § 404 ff., vgl. R.G.E. XXXII S. 41). An sich aber kann weder der Kommittent gegen den Dritten noch der Dritte gegen den Kommittenten vorgehen (Bolze X Nr. 416),[2]) beide bedürfen der Abtretung

[1]) Bei der Kommissionstratte wird üblicherweise der Name des Kommittenten mit den Anfangsbuchstaben in der Klausel „stellen es auf Rechnung laut Bericht" angegeben (Grünhut, Wechselrecht I S. 460).

[2]) Es sei denn nach allgemeinen Gesichtspunkten des Delikts, vgl. z. B. Bolze X Nr. 246.

Digitized by Google

des Anspruches, den der Kommissionär gegen den betr. anderen Theil hat, nur als Cessionare, nicht kraft eigenen Rechtes können sie auftreten. Demgemäß ist der Umstand, daß der Kommittent bei Ertheilung der Kommission sich in einem zur Anfechtung berechtigenden Irrthum befand (B.G.B. § 119) oder von dem Drittkontrahenten getäuscht worden ist, für die Rechtsstellung des Kommissionärs gegenüber dem Drittkontrahenten gleichgültig. Solch' Irrthum oder solche Täuschung kann den Kommittenten berechtigen, die Kommission selbst anzufechten (B.G.B. § 123), aber der Kommissionär kann daraufhin nicht selbständig den Vertrag, den er mit dem Dritten geschlossen hat, anfechten (R.O.H.G. XXII S. 25 ff.). Wurde der Dritte vom Kommittenten durch arglistige Täuschung zum Abschluß des Vertrages mit dem Kommissionär veranlaßt, so greift B.G.B. § 123 Abs. 2 für sein Anfechtungsrecht Platz.

Zwar hat der Kommittent gegen den Kommissionär einen Anspruch auf Abtretung der Rechte, also auch der Forderungen aus dem Geschäfte gegen den Dritten, denn der Kommissionär ist nach § 384 Abs. 2 verpflichtet, das aus der Geschäftsbesorgung Erhaltene an den Kommittenten herauszugeben, aber erst mit der wirklichen Abtretung kann der Kommittent gegenüber dem Drittschuldner auftreten. Verweigert der Kommissionär die Abtretung, so hat der Kommittent klageweise auf Abtretung vorzugehen und die Abtretung zu erzwingen, wogegen der Kommissionär das ihm nach § 399 zustehende Recht geltend machen kann.

Nr. 2. III. **Absatz 2.** Ueber diese Sätze geht Abs. 2 des § 392 hinaus. Zwar nicht für das Verhältniß nach außen, zu dem Schuldner (R.G.E. XXXII S. 42), wohl aber für das Verhältniß des Kommissionärs zum Kommittenten.

Die Forderungen aus dem von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäft sollen im Verhältniß zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Weil das Geschäft für Rechnung des Kommittenten geschlossen war, soll die Forderung nach innen als Bestandtheil des Vermögens des Kommittenten gelten. Dies wird praktisch, wenn der Kommissionär über die Forderung in einer Weise verfügen will, die dem Interesse des Kommittenten widerstreitet. Solange der Kommissionär sich loyal benimmt und seine Vermögenslage keine Bedenken einflößt, wird auch nach innen die oben durchgeführte Scheidung beobachtet werden. Anders, wenn er in Zahlungsschwierigkeiten geräth und nun die formell auf seinen Namen erworbene Forderung dem Kommittenten durch Abtretung an einen seiner Gläubiger rauben will oder wenn er in Konkurs fällt und nun die Gläubiger die Forderung in die Masse ziehen und daraus, wie aus anderen Vermögensstücken des Kridars, antheilsweise Befriedigung suchen wollen. Das Gesetz weicht hier von der Rechtskonsequenz ab, es gestattet dem Kommittenten sowohl gegenüber dem Kommissionär als gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs, die Forderungen aus dem Geschäft für sich allein in Anspruch zu nehmen, es nimmt nach innen hier eine cessio legis an. Im Einzelnen gilt:

Nr. 3. 1. Die **Forderungen** aus dem Geschäft gelten nach innen als Forderungen des Kommittenten. Das gilt für die sämmtlichen obligatorischen Ansprüche aus dem Ausrichtungsgeschäfte, also nicht bloß die Forderung auf die Gegenleistung, sondern auch die Ansprüche wegen Vertragswidrigkeit, ferner für die Forderungen aus im Rahmen des Kommissionsverhältnisses geschlossenen Nebenverträgen, z. B. Versicherungsverträgen (R.G.E. XXXV S. 57, Seuffert LIV Nr. 42). Dagegen gilt es nicht für die erworbenen dinglichen Rechte, nur insoweit diese Accessorien der Forderung sind, z. B. Pfandrechte für die Kaufgeldforderung, folgen sie der Natur der Forderung. Ebensowenig gilt es für die Forderungen, die kraft des Ausrichtungsgeschäftes übertragen sind, z. B. die indossirte Wechselforderung (Langen, Eigenthumserwerb S. 17, Anm. 2). Sind vom Kommissionär Forderungen eingezogen, so gilt der Kommittent als einfacher Gläubiger auf den Erlös.[1])

Nr. 4. 2. Sie gelten als Forderungen des Kommittenten **gegenüber dem Kommissionär und dessen Gläubigern.** Auf die letzten ist das Schwergewicht zu legen. Denn daß der Kommissionär verpflichtet ist, die Forderung dem Kommittenten abzutreten, ergiebt sich ohnehin aus allgemeinen Grundsätzen, eine eigenmächtige Verfügung des Kommissionärs über die Forderung würde auch ohne Abs. 2 in Widerspruch mit den Verpflichtungen des Kommissionärs stehen. Und andererseits besagt der Satz

[1]) Dies ist vor allem wichtig, wenn Konkurs über das Vermögen des Kommissionärs ausbricht. Hatte der Kommissionär gegen den Dritten mehrere Ansprüche und ist ungewiß, auf welchen die Zahlung des Dritten sich bezieht, so greift B.G.B. § 366 Platz.

Digitized by Google

nicht, daß bei eigenmächtiger Abtretung der Forderung durch den Kommissionär der dritte Erwerber der Forderung nicht Gläubiger wird. Vielmehr würde die Abtretung an den Dritten vollwirksam sein, es sei denn, daß dieser betrügerisch mit dem Kommissionär kolludirt, oder daß die Voraussetzungen der Anfechtung nach dem Reichsanfechtungsgesetz oder der Reichskonkursordnung vorliegen. Eigenmächtige Verfügung durch den Kommissionär hätte sonst nur die Wirkung, daß der Kommissionär sich schadensersatzpflichtig macht. Nicht einmal der Begriff der strafrechtlichen Untreue würde dadurch begründet werden (R.G. in Straff. XX S. 358 ff.). — Wohl aber ist es von Wichtigkeit, daß auch gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs die Forderung als Forderung des Kommittenten gilt. Daraus ergiebt sich, daß die Gläubiger des Kommissionärs keinen Zugriff in die Forderung haben weder im Wege der Pfändung und Ueberweisung noch im Wege der Hereinziehung in die Konkursmasse. Der Pfändung kann der Kommittent durch Erhebung der Interventionsklage nach C.P.O. § 771 widersprechen und im Konkurse hat er das Aussonderungsrecht nach § 43 R.K.O. (vgl. auch § 46 R.K.O. und § 59 Nr. 3, vgl. schon für das frühere Recht R.O.H.G. VII S. 23, ferner Seuffert XLIII S. 307 ff.). Kraft dieses Aussonderungsrechtes kann er beanspruchen, daß die nach der Konkurseröffnung eingezogenen Beträge der betr. Forderungen für ihn bei Seite gelegt werden, vgl. auch Bolze I Nr. 952.

3. Gleichgültig ist, ob der Kommittent den Kommissionär außerdem noch persönlich in Anspruch nehmen kann (aus § 384 Abs. 3, 394 Abs. 1, vgl. R.O.H.G. IX S. 233). Umgekehrt steht der Geltendmachung des Aussonderungsrechts § 399 im Wege. Nr. 5.

4. Da der Drittschuldner durch § 392 Abs. 2 nicht gehindert wird, an den Kommissionär zu zahlen, wird der Kommittent gut thun, falls er sich die Forderung nicht abtreten läßt, wenigstens den Namen des dritten Kontrahenten in Erfahrung zu bringen, damit er in der Lage ist, seinerseits Sicherheitsmaßregeln gegen Zahlung an den Kommissionär durch Arrest zu treffen. Nr. 6.

Anhang.

Sachenrechtliche Verhältnisse.

Litteratur: Goldschmidt, Hdb. I 2 (1868) S. 615 ff., Grünhut S. 428 ff., v. Hahn II S. 465 ff., Jung in Z. XLVII S. 183 ff., F. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb 1899, Langen, Eigenthums-Erwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften 1900.

a) Hat der Kommissionär vom Kommittenten Waaren oder Werthpapiere zum **Verkauf** oder Umtausch oder Bezug anderer Werthpapiere oder Gut zur Versendung durch den Frachtführer oder zur Ertheilung einer weiteren Verkaufskommission erhalten, so wird er unmittelbarer Besitzer dieser Sachen, während der Kommittent mittelbaren Besitz erhält (B.G.B. § 868). Das Eigenthum des Kommittenten oder eines Dritten an den Waaren bleibt selbstverständlich durch die Hingabe an den Kommissionär unberührt; geräth der Kommissionär in Konkurs, so kann der Kommittent sein Aussonderungsrecht geltend machen. Der Kommissionär hat aber das gesetzliche Pfandrecht am Gut aus § 397, solange er das Gut in seinem Besitz hat, wenn er gutgläubig ist, sogar dann, wenn das Gut dem Kommittenten nicht gehörte (§ 366 Abs. 3).[1] Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht aus § 369 steht ihm regelmäßig nicht zu (darüber bei § 369 Nr. 14). Macht der Verkaufskommissionär von dem ihm zustehenden Selbsteintrittsrecht als Käufer Gebrauch, so wird er damit Käufer, das Eigenthum an den Waaren geht aber durch die Ausübung des Selbsteintrittsrechts noch nicht auf den Kommissionär über, er ist in der Lage eines Käufers, der im Besitz der Kaufsache ist. Der Kommittent muß mit dem Uebergang des Eigenthums einverstanden sein (B.G.B. § 929 Satz 2); doch wird stillschweigende Einigung beider Theile nach Lage der Sache hier meist anzunehmen sein. Gehörte das Kommissionsgut in Wahrheit nicht dem Kommittenten, so kommt dem gutgläubigen Kommissionär B.G.B. §§ 932, 935, H.G.B. § 366 zu Statten, hinsichtlich der Inhaberpapiere ist jedoch § 367 zu beachten. War die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so greift B.G.B. § 936, H.G.B. § 366 Abs. 2 Platz.[2] Nr. 7.

[1] Doch greift hier das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896 § 8 Abs. 2 ein, worüber bei § 397.

[2] Nach dem Bankdepotgesetz § 8 hat ein Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde vertretbare Werthpapiere einem Dritten zum Zwecke der Ver-

Digitized by Google

Veräußert oder verpfändet der Kommissionär das Gut an einen Dritten, so wird dieser, wenn er redlich ist, in Gemäßheit von B.G.B. §§ 932—936, H.G.B. § 366 Eigenthümer und zwar freier Eigenthümer.

Nr. 8. b) Hat der Kommissionär vom Kommittenten **Geld** vorschußweise zum Einkauf oder zur Bezahlung von Fracht, Prämien ꝛc. erhalten, so ist regelmäßig anzunehmen, daß er Eigenthümer des Geldes werden und verpflichtet sein solle, den Betrag, falls es zur Ausführung der Kommission nicht kommen sollte, zu restituiren. Anders, wenn er Geld als Waare erhalten hat, z. B. zum Umtausch, zum Transport u. dergl.

Nr. 9. c) Hat der Kommissionär vom **Dritten** in Ausführung des Ausrichtungsgeschäfts körperliche Sachen oder Werthpapiere erhalten, so erwirbt er jedenfalls Besitz daran. Was das Eigenthum betrifft, so geht zunächst

α) vom **dritten Käufer** oder sonstigen Schuldner (z. B. bei der Inkassokommission) **gezahltes Geld** mangels besonderer Vereinbarung in das Eigenthum des Kommissionärs über. Dieser wird Schuldner in Höhe des Empfangenen gegenüber dem Kommittenten, der somit im Konkurse des Kommissionärs nur als Konkursgläubiger ein Forderungsrecht gegen die Masse hat.[1]) Dem Geld sind Geldpapiere gleichzustellen, die im Leben als Geld gegeben und genommen werden. Daß der Kommissionär die Gefahr der Geldsendung nicht trägt, ist oben bei § 384 Nr. 24 erörtert worden. Sondert der Kommissionär das empfangene Geld sofort ab und überträgt es dem Kommittenten kraft constitutum possessorium, so wird dieser Eigenthümer des Geldes, nachträgliche Vermischung mit dem Gelde des Kommissionärs hat die Rechtsfolgen des B.G.B. § 948.

Nr. 10. β) Das Gleiche gilt, wenn es sich um eine **Quantität von sonstigen Fungibilien** handelt. Der Kommissionär wird ebenfalls zunächst Eigenthümer. Der Kommittent hat nur Anspruch darauf, daß der Kommissionär ihm das Eigenthum übertrage. Solange diese Uebertragung nicht stattgefunden hat, ist der Kommittent nur Gläubiger. Bricht der Konkurs über das Vermögen des Kommissionärs aus, so hat der Kommittent also nur einen Anspruch als Konkursgläubiger, selbst dann, wenn er dem Kommissionär das Geld zum Einkauf der Waare vorgeschossen hat (vgl. R.O.H.G. XVI S. 210, 269, XIX S. 79, R.G.E. V S. 1 ff., XI S. 56, O.L.G. Colmar in Z. XLIV S. 240). Gleichgültig ist dabei, ob der Kommissionär den inneren Willen hatte, für den Kommittenten Eigenthum zu erwerben oder nicht; die gegentheilige Annahme des R.G. XXX S. 142 scheitert an B.G.B. § 164 Abs. 2. Vielmehr müßte sein Wille, im Namen des Kommittenten zu handeln, dem Dritten erkennbar werden (vgl. R.G.E. XI S. 56). Demgemäß ist der Kommissionär auch in der Lage, über die eingekaufte Waare zu verfügen, eine Vertragsverletzung von seiner Seite liegt solange nicht vor, als er im Stande ist, dem Kommittenten ebensoviel gleichwerthe Sachen herauszugeben[2]) (R.O.H.G. XIX S. 80, R.G.E. XXXV S. 47). Der Kommittent kann somit nicht den Verkaufserlös bei einer solchen Veräußerung für sich in Anspruch nehmen, die Veräußerung ist für eigene Rechnung des Kommissionärs erfolgt. — Die Uebertragung an den Kommittenten geschieht nach allgemeinen Grundsätzen. Sie kann also geschehen durch reale Uebergabe (B.G.B. § 929), durch constitutum possessorium (B.G.B. § 930), durch Uebersendung eines Traditionspapieres (Konnossement ꝛc.) oder durch Vindikationscession (B.G.B. § 931). Praktisch von erheblichster Wichtigkeit ist das **constitutum possessorium.** Es beruht auf der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Kommittent

äußerung ausantwortet, dem Dritten mitzutheilen, daß die Papiere fremde seien. Diese Mittheilung ändert aber an den obigen Grundsätzen nichts. Denn der Umstand, daß der Verkaufskommissionär weiß, daß sein Kommittent nicht Eigenthümer ist, beseitigt seine bona fides hinsichtlich der Verfügungsbefugniß des Kommittenten noch nicht; hier greift § 366 ein.

[1]) Das Reichsgericht (Entsch. XXIV S. 314) nimmt freilich an, daß der Kommissionär, der mit dem innerlichen Willen, für den Kommittenten das Geld zu erwerben, dieses in Empfang nahm, dem Kommittenten das Eigenthum daran erwerbe; allein diese Annahme ist mit B.G.B. § 164 Abs. 2 nicht zu vereinbaren.

[2]) Eine ganz andere Frage ist, ob der Kommittent, falls der Kommissionär über das eingekaufte Gut verfügt, das Recht hat, die Kommission als noch nicht ausgeführt zu betrachten, demgemäß zu widerrufen. Diese Frage ist im Allgemeinen zu bejahen (R.G.E. V S. 4 ff.).

Digitized by Google

den mittelbaren Besitz an den Waaren erlangt. Demnach genügt an sich zur Eigenthumsübertragung an den Kommittenten nicht (wie Jung S. 207 annimmt) die Specialisirung der Waare[1]) (so nach früherem gem. Recht), ebensowenig die bloße Anzeige von der Ausführung des Auftrages, sondern es muß (wie im früheren preuß. Recht) der Kommissionär zugleich erklären, daß er für den Kommittenten als mittelbaren Besitzer die spezialisirten Stücke auf Grund einer bestimmten causa (regelmäßig Verwahrung) besitze (vgl. R.O.H.G. XXV S. 252, R.G.E. XI S. 60), welche Bethätigung des Vertreterwillens der vertretene Kommittent acceptiren muß, was freilich nach der Natur der Sache (B.G.B. § 151) in seinem Schweigen zu erblicken ist (R.G. in Straff. IX S. 186, Civ. XXIV S. 310, vgl: Perl in Busch XLVIII S. 104 Anm. 13). Daß der Kommissionär gerade in der Anzeige die einzelnen Stücke genau anzeigt und detaillirt, ist nicht nothwendig, sofern er sie nur vorher thatsächlich abgesondert hat und aus seiner Erklärung hervorgeht, daß sein Vertreterwille auf die abgesonderten Stücke gerichtet ist (R.O.H.G. XXV S. 254).

Die obigen Grundsätze gelten gleichmäßig für Waaren und Werthpapiere. Aber Nr. 11.
sie herrschen für vertretbare Werthpapiere (mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld) nicht allein. Zu ihnen treten die **besonderen Bestimmungen des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896 § 7.** Darnach geht mit Absendung des Stückeverzeichnisses (vgl. darüber oben § 384 Nr. 29 ff.) das Eigenthum an den darin verzeichneten Werthpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen der Uebergang des Eigenthums schon in einem früheren Zeitpunkt eintritt, bleiben unberührt. (Verzichtet der Kommittent auf das Stückeverzeichniß, so bleibt es hinsichtlich des Eigenthumsübergangs beim bürgerlichen Recht.) Würde also der Kommissionär das constitutum schon früher vorgenommen haben, so wäre der Eigenthumsübergang schon vorher vollzogen, die Absendung des Stückeverzeichnisses hätte keine sachenrechtliche Bedeutung mehr. Hat er umgekehrt das Stückeverzeichniß abgeschickt, so bedarf es keines sachenrechtlichen Aktes mehr, das Eigenthum ist übergegangen. Im Einzelnen gilt:

aa) Die Absendung des Stückeverzeichnisses hat diese Bedeutung nur, wenn ein Nr. 12.
Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes als Einkaufskommissionär fungirte, sei es, daß er vertretbare Werthpapiere von einem Dritten erwarb oder als Umtausch- beziehungsweise Bezugsrechtskommissionär neue Stücke empfing (§§ 3, 5 des Gesetzes), aber auch, wenn er als Einkaufskommissionär von dem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht (Cosack S. 235, Breit S. 148 oben § 384 Nr. 33).

bb) Schon die Absendung des Verzeichnisses überträgt das Eigenthum an den Nr. 13.
Kommittenten; daß das Verzeichniß dem Kommittenten zugeht, ist nicht nothwendig.

cc) Nur das Eigenthum an den im Stückeverzeichniß verzeichneten Werth- Nr. 14.
papieren geht auf den Kommittenten über. Ist das Stückeverzeichniß also unvollständig, so vollzieht sich der Eigenthumsübergang hinsichtlich der nicht verzeichneten Stücke nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Verzeichnet sind Stücke dann, wenn sie mit genügenden Unterscheidungsmerkmalen versehen sind (§ 3 des Gesetzes).

dd) Wann das Stückeverzeichniß abgesandt wird, ist gleichgültig, auch die wider- Nr. 15.
rechtlich verspätete Absendung hat die sachenrechtliche Wirkung.

ee) Es geht über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen Nr. 16.
berechtigt ist. War der Kommissionär nicht verfügungsberechtigt, sind z. B. die erworbenen Stücke fremdes Eigenthum, so überträgt er dem Kommittenten durch Absendung des Stückeverzeichnisses kein Eigenthum, selbst nicht, wenn dieser bei Absendung des Stückeverzeichnisses gutgläubig ist (vgl. Staub § 383 Anm. 30). Der Grundsatz „Hand wahre Hand" (B.G.B. §§ 933, 934) findet auf diesen Akt keine Anwendung. Soweit in der Uebersendung des Stückeverzeichnisses ein constitutum possessorium oder eine Vindikationscession liegt, normiren freilich die §§ 933, 934 des B.G.B. Auch Rechte Dritter an den Papieren werden durch die Uebersendung nicht beeinflußt, anders als im B.G.B. § 936.

[1]) Bei Werthpapieren durch Bezeichnung bestimmter Effekten mit dem Namen des Auftraggebers, durch Legen derselben in ein besonderes Behältniß, durch auf bestimmte Stücke bezüglichen Vermerk in den Handelsbüchern (R.G.E. XI S. 60), bei Waaren durch Signiren u. dgl. Doch wird hier B.G.B. § 181 zu berücksichtigen sein. Der Kommissionär kann darnach an sich als Vertreter des Kommittenten die Uebertragung des Eigenthums vornehmen, wenn ihm dazu Vollmacht ertheilt ist (Planck zu § 164 Nr. 2), was meist anzunehmen sein wird. Insofern ist der praktische Unterschied gegenüber der Auffassung von Jung nicht erheblich.

Digitized by Google

Nr. 17. ff) Daß der Kommissionär in unmittelbarem Besitz der Werthpapiere ist, ist nicht nothwendig. Möglicherweise besitzt er sie nur mittelbar, indem sein Drittkontrahent (z. B. der Bankier der Hauptstadt, von dem er sie bezog) sie für ihn verwahrt (Lusensky S. 59, 60). Dann würde in der Uebersendung des Stückeverzeichnisses unter Umständen eine Abtretung des mittelbaren Besitzes liegen.

Nr. 18. γ) Handelt es sich um eine **Spezies** (Waare oder Werthpapier, z. B. Wechsel R.G.E. XXXII S. 128), so wird nicht selten angenommen, daß im Zweifel nicht der Kommissionär, sondern der Kommittent das Eigenthum an der Sache erwerbe; denn der Wille des Kommissionärs sei darauf gerichtet, für den Kommittenten sofort und unmittelbar Eigenthum zu erwerben, und dem Tradenten sei gewöhnlich die Person des Erwerbers gleichgültig (so Grünhut S. 431 ff., auch Jung, Eigenthumsübergang beim Kommissionseinkauf 1892 S. 18 ff. und in Z. LXVII S. 183 ff). Allein auch hier steht die Annahme mit B.G.B. § 164 Abs. 2 in Widerspruch (a. A. Jung a. a. O. S. 224). Der Kommissionär wird gewöhnlich seinen Willen, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortreten lassen. Der innerliche Wille, für den Kommittenten zu handeln, kann nicht in Betracht kommen.[1]) Demgemäß ist auch hier anzunehmen, daß, falls nicht besondere Umstände dargethan werden, aus denen der erkennbare Wille des Kommissionärs, für den Kommittenten das Eigenthum zu erwerben, hervorgeht, zunächst der Kommissionär Eigenthümer wird (vgl. auch Plenarbeschl. des Obertr. bei Busch IV S. 339), und daß er seinerseits durch einen weiteren Uebertragungsakt das Eigenthum auf den Kommittenten übertragen muß. Diese Uebertragung kann auch hier bei Annahme einer diesbezüglichen Vollmachtsertheilung nach B.G.B. § 181 schon dadurch geschehen, daß der Kommissionär im Namen des Kommittenten mit sich selbst das sachenrechtliche Geschäft eingeht; und das wird dem Willen der Parteien meist entsprechen; da es hier einer Spezialisirung nicht bedarf, wird man regelmäßig praktisch darauf hinauskommen, daß das Eigenthum an den Kommittenten mit Ausführung der Kommission übergegangen ist. Geräth der Kommissionär in Konkurs, so werden die Voraussetzungen des Aussonderungsanspruches hier also regelmäßig gegeben sein. Der Kommittent wird nur nachzuweisen haben, daß der betreffende Gegenstand in Ausführung der Kommission vom Kommissionär erworben worden ist. — Doch kann der Fall freilich anders liegen.[2]) Hatte z. B. der Kommissionär von zwei verschiedenen Personen die Kommission zum Einkauf der Spezies übernommen, so ist es durchaus zweifelhaft, ob er an den Kommittenten A oder den Kommittenten B den Eigenthumsübertragungsakt vorgenommen hat. Geräth er in Konkurs, so würde weder A noch B aussondern können; die Sache würde zur Konkursmasse gehören. Oder er hatte die Kommission zum Ankauf eines Wechsels erhalten und diesen auf seinen Namen indossiren lassen, ohne ihn an den Kommittenten weiter zu indossiren; es läßt sich nicht annehmen, daß er das Eigenthum am Wechsel auf den Kommittenten kraft constitutum possessorium habe übertragen wollen. Im letzteren Falle hilft auch nicht § 392 Abs. 2, nach dem die Forderung im Verhältniß zwischen Kommittent und Gläubigern des Kommissionärs als Forderung des Kommittenten gilt, weil es sich nicht um eine Forderung aus dem Ausrichtungsgeschäft handelt (vgl. oben Nr. 3). Wenn der Kommissionär inzwischen den Wechsel an einen Dritten indossirt, so wird dieser Eigenthümer des Wechsels und Gläubiger der Wechselforderung, er brauchte nicht einmal bona fide zu sein, denn der Kommissionär hatte das Eigenthum am Wechsel nicht auf den Kommittenten übertragen.

Nach Innen, gegenüber dem Kommittenten, ist der Kommissionär jedenfalls verpflichtet, die eingekaufte Spezies wie ein Verwahrer zu halten, also jede Verfügung über sie zu unterlassen (R.O.H.G. XI S. 11, XVI S. 270).

d) Ueber das **Verfolgungsrecht** des Einkaufskommissionärs im Konkurse des Kommittenten die Kommentare zu R.K.O. § 44.

IV. Das ältere Recht stimmte hinsichtlich des § 392 überein (Art. 368). Was den Eigenthumserwerb des Kommittenten betrifft, so entspricht die oben dargelegte Auffassung im Großen und Ganzen auch der für das ältere Recht herrschenden Ansicht. Der Eigenthumserwerb wird, soweit es sich um nach dem 31. Dezember 1899 eintretende Thatbestände handelt, vom neuen Recht beherrscht, auch wenn die Kommission vor dem 1. Januar 1900 ertheilt war.

---

[1]) Anders zum Theil Langen S. 98 ff.

[2]) Es ist somit zu weit gehend, wenn Jung a. a. O. S. 234 behauptet, das Kommissionsverhältniß sei stets nach Innen direkte Vertretung.

Digitized by Google

§ 393.

Wird von dem Kommissionär ohne Zustimmung des Kommittenten einem Dritten ein Vorschuß geleistet oder Kredit gewährt, so handelt der Kommissionär auf eigene Gefahr.

Insoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts die Stundung des Kaufpreises mit sich bringt, ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Kommittenten auch der Kommissionär dazu berechtigt.

Verkauft der Kommissionär unbefugt auf Kredit, so ist er verpflichtet, dem Kommittenten sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten. Wäre beim Verkaufe gegen baar der Preis geringer gewesen, so hat der Kommissionär nur den geringeren Preis und, wenn dieser niedriger ist als der ihm gesetzte Preis, auch den Unterschied nach § 386 zu vergüten.

Entw. I § 365, II § 385; Denkschr. I S. 238, II S. 3255; A. D. H.G.B. Art. 369.

I. **Absatz 1.** Der Kommissionär ist ohne Zustimmung des Kommittenten nicht befugt, einem Dritten Vorschuß zu leisten oder Kredit zu gewähren. Der Dritte ist nicht bloß der Gegenkontrahent des Ausrichtungsgeschäfts, sondern auch ein sonstiger Dritter, z. B. der Cessionar des Gegenkontrahenten, die Versicherungsanstalt, mit der der Weisung gemäß der Versicherungsvertrag über das Kommissionsgut (§ 389) geschlossen war, der Frachtführer oder Schiffer u. s. w. Nr. 1.

Unter Vorschußleistung ist die gänzliche oder theilweise Gewährung des Aequivalents vor der vereinbarten, beziehungsweise normalen Zeit zu verstehen, also die Zahlung des Kaufpreises vor Lieferung der Waare, die Zahlung der Fracht vor Ablieferung des Transportgegenstandes, die Zahlung der Provision vor Ausführung der Kommission u. s. w. Daraus folgt, daß z. B. der Einkaufskommissionär ohne Zustimmung des Kommittenten den Einkauf nicht in der Gestalt des Pränumerationskaufes, sondern nur in der des Kaufes „Zug um Zug" oder des Kreditkaufes abschließen darf; und daß er, wenn er auf Kredit gekauft hat, er auch nicht nachträglich vor dem Fälligkeitstage zahlen darf, denn auch dann leistet er vor der vereinbarten Zeit. Nr. 2.

Unter Kreditgewährung ist die Bewilligung einer Zahlungsfrist zu verstehen, also die Hinausrückung des Zahlungstages zu Gunsten des Zahlpflichtigen, insbesondere die Stundung des Kaufpreises gegenüber dem Käufer, die Prolongation des Wechsels gegenüber dem Wechselschuldner, dagegen nicht die sonstige Hinausschiebung der Leistungsverpflichtung, z. B. nicht die Bewilligung einer Nachfrist an den in Verzug befindlichen Unternehmer beim Werklieferungsvertrage. Der Verkaufskommissionär darf also nur Pränumerations- oder Baarverkauf, dagegen nicht Kreditverkauf abschließen. Nr. 3.

Vorschußleistung und Kreditgewährung sind dem Kommissionär nur gestattet, wenn der Kommittent zustimmt. Die Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend, vorher (Einwilligung) oder nachher (Genehmigung) geschehen. Als stillschweigende Einwilligung der Kreditirung wird es zu gelten haben, wenn der Kommittent mit dem Kommissionär vereinbart, daß dieser Delkredere stehen solle. Hatte bei früherer Gelegenheit gleicher Art der Kommissionär mit Einwilligung des Kommittenten Vorschuß geleistet und Kredit gewährt, so wird in dem Mangel einer gegentheiligen Vereinbarung auch für diesen Fall Zustimmung des Kommittenten anzunehmen sein. Als stillschweigende Genehmigung gilt auch, wenn der Kommittent auf die Nachricht von der Kreditirung die verkaufte Waare dem Kommissionär ohne Vorbehalt übersendet (Grünhut S. 423 Anm. 5). Nr. 4.

Fehlt es an der Zustimmung, so handelt grundsätzlich der Kommissionär auf eigene Gefahr. Auch der Nachweis, er habe mit der nöthigen Sorgfalt oder im Interesse des Kommittenten gehandelt, ändert daran nichts, das Gesetz verbietet ihm schlechtweg, einen Vorschuß zu geben, beziehungsweise Kredit zu ertheilen. Er hat somit als Kommissionär keinerlei Anspruch aus der Vorschußleistung, inwieweit er ihn als negotiorum gestor hat, bemißt sich nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. §§ 683, 678). Nr. 5.

Stimmt dagegen der Kommittent von vorn herein zu oder genehmigt er nachträglich die Vorschußleistung, beziehungsweise Kreditgewährung, so hat der Kommissionär Nr. 6.

Digitized by Google

als solcher gehandelt; es wird sich diesenfalls nur darum handeln, ob er die ihm obliegende Sorgfalt beobachtet hat, z. B. mit Bezug auf die Höhe des Vorschusses, die Dauer des Kredits, die Auswahl der Person, der er kreditirt hat u. s. w.

II. **Absatz 2, 3.** Von den obigen Sätzen weichen die Abs. 2, 3 in mehrfachen Hinsichten für den Verkaufskommissionär ab:

Nr. 7. a) Sie gestatten dem Kommissionär eine Art der Kreditgewährung, nämlich die Stundung des Kaufpreises insoweit, als es der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts mit sich bringt und der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat. Die Bestimmung bezieht sich also nur auf den Verkaufskommissionär und nur auf die Stundung des Kaufpreises, nicht auf die Stundung sonstiger Leistungen. Ob diese Stundung gleich im Kaufvertrage oder nachträglich, z. B. durch Prolongation der Stundungsfrist, geschieht, ist gleichgültig. Auf Vorschußleistungen bezieht sie sich überhaupt nicht. Zu dieser Stundung ist der Verkaufskommissionär nie befugt, wenn sie ihm vor der Gewährung der Kommittent untersagt hat. Würde er trotzdem stunden, so hätte er die Folgen des § 385 zu tragen. Verhält sich dagegen der Kommittent gleichgültig, so darf der Kommissionär stunden, insoweit der Handelsgebrauch am Ort des Geschäfts es mit sich bringt. Handelsgebrauch ist die faktische Usance (Uebung), nicht Handelsgewohnheitsrecht. Diese faktische Usance muß der Kommissionär nachweisen. Ort des Geschäfts ist nicht der Ort der Handelsniederlassung des Kommissionärs, sondern der Ort, an dem das Geschäft thatsächlich abgeschlossen wird; doch ist dabei zu berücksichtigen, daß es nicht von der Willkür des Kommissionärs abhängen kann, durch Wahl des Ortes das Kreditiren zu erzwingen, es handelt sich ja hier um obligatorische Beziehungen zwischen Kommittent und Kommissionär. Hatte also der Kommittent einen bestimmten Ort vorgeschrieben, so wird der Kommissionär bei Wahl eines anderen Ortes sich auf dort geltenden Handelsgebrauch nur dann berufen können, wenn auch am Ort, den der Kommittent vorschrieb, der Handelsgebrauch das Kreditiren gestattete (v. Hahn zu Art. 369 § 2). — Insoweit, als der Handelsgebrauch die Stundung mit sich bringt, darf er kreditiren — also er muß sich dem Handelsgebrauch fügen hinsichtlich Höhe und Dauer der Kreditirung, Art der Kreditirung (z. B. bei Ausstellung von Wechseln) u. s. w. Daß der Handelsgebrauch dies gestattet, hat der Kommissionär zu beweisen (Busch XV S. 24).

Gestattet der Kommittent zwar die Stundung, aber unter gewissen Modalitäten, so hat der Kommissionär den Weisungen des Kommittenten unbedingt Folge zu leisten; diese gehen dem Handelsgebrauch unter allen Umständen vor.

Nr. 8. b) Verkauft der Kommissionär unbefugt auf Kredit, so kann der Kommittent den Kommissionär als Schuldner des Kaufpreises auf sofortige Zahlung in Anspruch nehmen, d. h. auf Zahlung in Gemäßheit der ertheilten Kommission. Lautete die Kommission einfach auf Verkauf, so ist Verkauf gegen Baar anzunehmen (B.G.B. § 271), der Kommissionär kann also auf sofortige Zahlung belangt werden, lautete sie auf Verkauf gegen Kredit für bestimmte Frist, und überschritt der Kommissionär diese Zeit, so kann er ihn auf Zahlung zu dem Zeitpunkt, der die Frist abschließt, in Anspruch nehmen u. s. w. (Grünhut S. 424). Umgekehrt kann der Kommissionär durch die sofortige Zahlung des Kaufpreises die Ueberschreitung der Kommission heilen und die Zurückweisung des Geschäfts hindern (Grünhut S. 422), er braucht dies bei der Anzeige von der Ausführung des Geschäfts nicht zu erklären, sondern kann erst warten, ob der Kommittent die Kreditirung genehmigt; erst bei Verweigerung der Genehmigung kann er durch Zahlungsleistung das Geschäft aufrecht erhalten.[1]) Dabei soll der Kommittent sich nicht ungerechtfertigt auf Kosten des Kommissionärs bereichern. Weist der Kommissionär also nach, daß beim Verkauf gegen Baar der Preis ein geringerer gewesen wäre, so braucht er nur den geringeren Preis, und wenn dieser unter dem gesetzten Limito stand, die Preisdifferenz zwischen Limito und effektivem Preise zu zahlen. Dem Kommissionär sind demgemäß auch alle Einreden zu gewähren, die der dritte Käufer gegenüber dem Verkäufer aus der Beschaffenheit der Waare hat.

Umgekehrt kann der Kommittent, statt Zahlung vom Kommissionär zu begehren, sich den Anspruch des Kommissionärs gegen den Dritten abtreten lassen (Grünhut S. 424).

III. Das ältere Recht (Art. 369) stimmt überein.

---

[1]) Unter diesen Voraussetzungen bleibt ihm dann auch der Anspruch auf Provision das Geschäft gilt als ausgeführt im Sinne von § 396.

Digitized by Google

§ 394.

Der Kommissionär hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, einzustehen, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Kommissionär, der für den Dritten einzustehen hat, ist dem Kommittenten für die Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar insoweit verhaftet, als für die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann. Er kann eine besondere Vergütung (Delkredereprovision) beanspruchen.

Entw. I § 366, II § 386; Denkschr. I S. 238, II S. 3255; A. D. H. G. B. Art. 370.

Nr. 1. 1. An sich haftet der Kommissionär für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat — von den besonderen Fällen des § 384 Abs. 3, § 393 Abs. 3 abgesehen — nicht. Hat er das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausgeführt, hat er insbesondere bei Auswahl des Dritten die nöthige Sorgfalt bewiesen,[1]) so trifft die Gefahr der Insolvenz des Dritten den Kommittenten. Der Kommissionär ist nur verpflichtet, dem Kommittenten den Anspruch aus dem Geschäft gegen den Dritten abzutreten; daß dieser Anspruch auch gehörig realisirbar ist, daß der Kommittent auch zu dem gelangt, worauf der Anspruch geht, dafür hat nach gesetzlicher Bestimmung der Kommissionär nicht weiter einzustehen. Doch kann eine solche Haftung, das **Delkredereſtehen**, durch besonderen Vertrag des Kommissionärs mit dem Kommittenten oder durch Handelsgebrauch am Ort der Niederlassung des Kommissionärs begründet sein. Beides ist die Ausnahme, beides ist daher von dem Kommittenten, der sich darauf beruft, zu beweisen.

Nr. 2. 2. Das Delkredereſtehen des Kommissionärs findet seine **Hauptanwendung** bei der Verkaufskommission, indem der Verkaufskommissionär die Haftung für pünktliche Zahlung des Kaufpreises durch den dritten Käufer übernimmt; aber es ist ebenso gut denkbar bei jeder anderen Kommission. Der Einkaufskommissionär kann die Haftung übernehmen für gehörige Lieferung der Waare durch den dritten Verkäufer, der Inkassokommissionär für rechtzeitige Einlösung des Wechsels, der Spediteur für gehörige Erfüllung des Frachtvertrages u. s. w. Das Gesetz spricht allgemein vom Einstehen „für die Verbindlichkeit des Dritten". Darnach kann auch der Verkaufskommissionär Delkredere stehen für rechtzeitige Abnahme der Waare durch den dritten Käufer, denn auch dies ist eine Verbindlichkeit, die das Gesetz dem Käufer auferlegt (B. G. B. § 433 Abs. 2).

Nr. 3. 3. Das Delkredereſtehen des Kommissionärs ist seiner **rechtlichen Natur** nach weder ein Versicherungsvertrag, den er mit dem Kommittenten eingeht, wenngleich der nationalökonomische Zweck ein assekuranzmäßiger ist, noch ist es eine Bürgschaft, die der Kommissionär für den Dritten als Hauptschuldner mit dem Kommittenten als Gläubiger eingeht (so Grünhut), denn der Dritte ist nicht Schuldner des Kommittenten, sondern Schuldner des Kommissionärs, und der Umstand, daß nach Innen zwischen Kommittent und Kommissionär die Forderung gegen den Dritten auch schon vor der Abtretung als Forderung des Kommittenten gilt, ändert daran nichts, denn der Kommissionär ist dem Kommittenten gegenüber immerhin nur verpflichtet, über die Forderung nicht zu verfügen, verfügt er doch darüber, so ist die Verfügung von Wirkung (siehe bei § 392 Nr. 4). Wäre das Delkredereſtehen Bürgschaft, so müßte es beim Kleinkommissionär schriftlich übernommen werden, und der Kommissionär hätte diesenfalls die exceptio excussionis (§§ 351, 349, 350), allein davon ist keine Rede, der Delkrederevertrag ist formlos und der Kommissionär ist unmittelbar verhaftet.[2]) Das Delkredereſtehen ist vielmehr nur eine Modalität des Kommissionsgeschäfts selbst (so auch Staub § 394 Anm. 1). Weil trotz des Delkredereſtehens der Kommissionär

[1]) Wies ihm der Kommittent selbst den Dritten zu, so ist er exkulpirt (Busch II S. 208), wenn ihm nicht direkt bekannt war, daß der Dritte leistungsunfähig ist.

[2]) Weil das Delkredereſtehen keine Bürgschaft ist, finden die Grundsätze des B. G. B. über die Bürgschaft darauf keine Anwendung, z. B. nicht B. G. B. § 768 Abs. 2, § 774 u. s. w. Vgl. oben bei § 349 Nr. 2.

Digitized by Google

Kommissionär bleibt, finden alle Grundsätze des Kommissionsvertrages auf ihn weiter Anwendung, soweit nicht § 394 ein Anderes besagt. Insbesondere wird er verpflichtet, die Forderungen aus dem Geschäft[1]) an den Kommittenten abzutreten (§§ 392, 384), das Erworbene herauszugeben, hat er die Rechte des Kommittenten mit Bezug auf das Kommissionsgut zu wahren (§ 388), haftet er für verspätete Ausführung der Kommission; andererseits steht ihm das gesetzliche Pfandrecht (§ 397) und das Selbsteintrittsrecht, wie jedem anderen Kommissionär, zu (R.O.H.G. XIX S. 55, vgl. dazu Grünhut S. 358 ff.).

Nr. 4. 4. Das Delkredereſtehen findet entweder statt auf Grund besonderer Vereinbarung oder kraft Handelsgebrauchs:

a) **Auf Grund besonderer Vereinbarung.** Solche kann ausdrücklich und stillschweigend geschlossen werden. Stillschweigende Vereinbarung wird zumal zwischen zwei Kaufleuten in Frage kommen, und bei Auslegung des Kommissionsgeschäfts wird der Richter hier nach § 346 die Handelsgewohnheiten zu berücksichtigen haben. Als ausdrückliche Vereinbarung ist es anzusehen, wenn von dem Kommissionär eine Delkredereprovision ausbedungen wird, während umgekehrt aus der Vereinbarung über die Nichtberechnung einer Delkredere-Provision nicht mit Sicherheit der Ausschluß der Delkrederehaftung folgt (R.G.E. XX S. 113). Als stillschweigende Vereinbarung kann u. U. die Ausbedingung einer besonders hohen Provision erscheinen, zumal wenn sich bei früheren Gelegenheiten der Kommissionär mit weit geringerer Provision begnügt hatte (Grünhut S. 349), und wenn der höhere Betrag dem bei Delkredereprovisionen üblichen entspricht — oder der Abschluß von Kommissionen unter Bedingungen, die früher bei übernommenem Delkredere stipulirt waren u. s. w.

Nr. 5. b) Kraft **Handelsgebrauches**, d. h. kraft Geschäftsgebrauches. Das Gesetz macht, falls es üblich ist, daß der Kommissionär Delkredere übernimmt, dies auch für den widerwilligen Kommissionär zur Pflicht, selbst dann, wenn der Kommittent von der Uebung nichts weiß. Der Handelsgebrauch ist hier nicht lex contractus für die beiden Theile — Kommittent und Kommissionär —, sondern Thatbestandsmoment der dispositiven Norm. Will der Kommissionär deren Anwendung nicht, so muß er ein Anderes mit dem Kommittenten vereinbaren. Und zwar entscheidet der Handelsgebrauch am Ort der Niederlassung des Kommissionärs, selbst wenn ein anderer Ort Erfüllungsort ist.

Nr. 6. 5. Kraft des Delkredere hat der Kommissionär **für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen**, d. h. er ist dem Kommittenten für die Erfüllung im Zeitpunkt des Verfalls unmittelbar insoweit verhaftet, als die Erfüllung aus dem Ausrichtungsgeschäft gefordert werden kann. Er haftet also nicht bloß für Erfüllung überhaupt, sondern gerade für Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls. Tritt die Fälligkeit ein und wird nicht erfüllt, so kann sich der Kommittent sofort an den Kommissionär wenden, er braucht nicht erst den Dritten auszuklagen, selbst dann nicht, wenn er sich vom Kommissionär die Ansprüche gegen den Dritten hat abtreten lassen, auch in diesem Falle hat der Kommissionär keine exceptio excussionis. Natürlich kann der Kommittent auch den umständlicheren Weg wählen, den Anspruch gegen den Dritten nach erfolgter Cession zu verfolgen, aber dadurch verzichtet er nicht auf das Recht, jederzeit gegen den Kommissionär vorzugehen (R.O.H.G. IX S. 233). Nach erfolgter Abtretung des Anspruches an den Kommittenten ist das Verhältniß des Dritten und des Kommissionärs zum Kommittenten das von Gesammtschuldnern. Befriedigt nunmehr der Kommissionär den Kommittenten, so geht der Anspruch gegen den Dritten nach B.G.B. § 426 Abs. 2 wieder auf ihn über. Es tritt also dieselbe Wirkung wie bei der Bürgschaft (B.G.B. § 774) ein.

Nr. 7. Der Kommissionär ist insoweit verhaftet, als die Erfüllung aus dem Ausrichtungsgeschäft gefordert werden kann. Er haftet also nicht schlechthin für Erfüllung, vielmehr würde er sich auf alle Einwände stützen können, die der Dritte aus dem Ausrichtungsgeschäft gegen den Gegenkontrahenten hätte, sofern sie nicht lediglich auf besonderen Beziehungen zwischen ihm und dem Dritten beruhen (wie der Einwand der Aufrechnung, des Erlasses durch den Kommissionär u. dgl.). Insbesondere kann der Verkaufskommissionär den Einwand des dritten Käufers, daß die Waare mangelhaft oder nicht bestellungsgemäß geliefert sei (R.O.H.G. XIX S. 187, XXI S. 146),

[1]) Die nach Innen auch in diesem Falle als Forderungen des Kommittenten gelten (R.O.H.G. VII S. 21), was besonders für den Fall des Konkurses des Kommissionärs von Wichtigkeit ist (R.O.H.G. IX S. 231).

Digitized by Google

der Einkaufskommissionär den Einwand des dritten Verkäufers, daß die Lieferung in Folge eines nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich sei, geltend machen. Gründet sich der Einwand des dritten Kontrahenten freilich auf ein Verschulden des Kommissionärs, so würde dieser dem Kommittenten gegenüber nicht davon Gebrauch machen können (R.O.H.G. XXI S. 146).[1]) Hätte der Kommittent, nachdem der Anspruch gegen den Dritten ihm abgetreten war, dem Dritten die Schuld erlassen, so könnte auch der Kommissionär sich darauf berufen (B.G.B. § 423), auch Annahmeverzug des Kommittenten würde ihm zu Statten kommen (B.G.B. § 424). Umgekehrt könnten Vereinbarungen zwischen dem Kommittenten und dem Dritten, die die Lage des Delkredere stehenden Kommissionärs verschlechtern, diesem nicht schaden (R.O.H.G. V S. 356 ff.). Auch Prolongationen der Schuld seitens des Kommittenten braucht der Kommissionär nicht anzunehmen, denn er haftet nur für die Erfüllung im Zeitpunkt des Verfalls (Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Nr. 632). Insoweit ist B.G.B. § 768 Abs. 2 hierauf analog anwendbar. Bestreitet der Kommissionär die Existenz der Verbindlichkeit des Dritten, so hat im Zweifel der Kommittent die Beweislast (Grünhut S. 357, R.O.H.G. XIX S. 187).

6. Der Kommissionär, der das Delkredere übernimmt oder der kraft Handelsgebrauchs Delkredere steht, hat Anspruch auf die **Delkredereprovision**, auch ohne daß dies besonders vereinbart ist. Dieser Satz ist eine Folge des in § 354 aufgestellten Grundsatzes. Für die besondere Dienstleistung des Delkredere-Stehens kann der Kommissionär als Kaufmann eine besondere Vergütung beanspruchen. Ueber die Höhe der Delkredereprovision entscheidet mangels besonderer Vereinbarung die Ueblichkeit (B.G.B. § 612 Abs. 2), und zwar am Orte der Niederlassung des Kommissionärs (Abs. 1). Natürlich können die Parteien die Delkredereprovision ausschließen (vgl. den Fall bei Bolze VII Nr. 517). Nr. 8.

Die Delkredereprovision kann der Kommissionär fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist (§ 396). Hat er thatsächlich das Geschäft als Baargeschäft abgeschlossen, so daß Zug um Zug erfüllt wird und er keine Gefahr läuft, so kann er bei vertragsmäßiger Uebernahme die Delkredereprovision nichtsdestoweniger fordern, denn er hat es nur übernommen, für den Dritten einzustehen („einzustehen hat"), und der Umstand, daß diese Uebernahme nachher praktische Folgen nicht hat, befreit den Kommittenten nicht von der Zahlung der Delkredereprovision (so auch v. Hahn zu Art. 370 § 8). Auch ist nicht ausgeschlossen, daß trotz Erfüllung Zug um Zug Ansprüche gegen den Dritten entstehen, z. B. bei der Einkaufskommission wegen Mängel der Waare, für deren Befriedigung das Delkredereстehen Bedeutung haben kann. Doch kann der Sinn des Vertrages ein anderer sein, es kann die Provision nur für den Fall wirklichen Kreditirens zugebilligt sein, zumal dann, wenn der Abschluß gegen Kredit für den Kommittenten viel vortheilhafter ist, als der gegen Baar. Bei handelsgebräuchlicher Verpflichtung zum Delkredereстehen wird man eine Provision nur dann zubilligen können, wenn wirkliche Möglichkeit des Einstehens im konkreten Fall gegeben ist (z. Th. anders Grünhut S. 365, Staub § 394 Anm. 7). Nr. 9.

Völlig gleichgültig ist es auf alle Fälle, ob nach erfolgter Kreditirung vorzeitige Erfüllung durch den dritten Schuldner erfolgt (B.G.B. § 271 Abs. 2); der Kommissionär geht dadurch der Delkredereprovision nicht verlustig. Wieweit der Kommissionär bei Annahme von Theilleistungen, zu denen der Dritte nicht berechtigt ist, die Interessen des Kommittenten wahrt, ist Thatfrage, desgl. ob er bei bewilligtem Diskont sich mit der gehörigen Sorgfalt benimmt. Nr. 10.

7. Das ältere Recht (Art. 370) stimmte überein. Nr. 11.

§ 395.

Ein Kommissionär, der den Ankauf eines Wechsels übernimmt, ist verpflichtet, den Wechsel, wenn er ihn indossirt, in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossiren.

Entw. I § 369, II § 387; Denkschr. I S. 239, II S. 3255; A.D.H.G.B. Art. 373.

[1]) Dies ist aber nicht dann der Fall, wenn der Verkaufskommissionär es unterließ, die Rechte des Kommittenten nach § 388 zu wahren. Hier haftet er zwar dem Kommittenten für den daraus entstehenden Schaden, aber er verliert nicht das Recht, sich auf den Zustand des Gutes zu berufen (R.O.H.G. XXI S. 147, O.L.G. Hamburg in H. G.Z. IX S. 228).

Digitized by Google

Nr. 1. 1. **Wechselakte des Kommissionärs überhaupt.** Der Kommissionär kann es übernehmen, Wechselgeschäfte in eigenem Namen für Rechnung des Kommittenten auszuführen, z. B. einen Wechsel auszustellen oder zu acceptiren oder einzukassiren. Dann bemessen sich seine Rechte und Verpflichtungen nach allgemeinen Grundsätzen des Kommissionsgeschäftes. Insbesondere wird er bei der Kommissionstratte oder bei kommissionsweisem Accept aus seinem Wechselakt selbst Wechselschuldner, der Kommittent steht außerhalb des Wechselnexus und setzt sich mit dem Kommissionär durch Avisbriefe in Verbindung, der Regreß, den der Kommissionär an den Kommittenten nimmt, bemißt sich nicht nach Wechselrecht, sondern nach Civilrecht. Hat der Kommissionär-Trassant den Trassaten angewiesen, für Rechnung des Kommittenten, den er namentlich angiebt, zu acceptiren, so kann sich der Trassat jedoch, abweichend von den gewöhnlichen Grundsätzen beim Kommissionsgeschäft, nicht mit dem Revalirungsanspruch an den Kommissionär halten. In der Anweisung „für Rechnung von N.N." zu acceptiren, liegt zugleich die Erklärung des Trassanten, daß nicht er, sondern der Kommittent dem Trassaten für den Revalirungsanspruch aufkommen werde. Acceptirt oder zahlt daraufhin der Trassat, so hat er sein Einverständniß damit erklärt (Grünhut S. 513, derselbe, Wechselrecht I S. 462). Die Kommissionstratte enthält dann einen zugleich kommissionsgeschäftlichen, zugleich stellvertretungsartigen Charakter. — Hat der Kommissionär die Einkassirung eines Wechsels übernommen, so ist er verpflichtet, alle Schritte zu thun, die zur Eintreibung der Summe nöthig sind, also Präsentation und Protest vorzunehmen (O.L.G. Stuttgart in Z. XL S. 526), den Nothadressen und Ehrenacceptanten den Wechsel vorzulegen, die Notifikation zu besorgen u. s. w. Auch Theilzahlungen muß er annehmen (W.O. Art. 38).

Nr. 2. 2. Der Kommissionär kann es übernehmen, **einen Wechsel anzukaufen** (oder sonst zu erwerben, z. B. kraft datio in solutum), sei es, daß der Ankauf des Wechsels den eigentlichen Gegenstand der Kommission bildet, daß er also eine Einkaufskommission übernahm, sei es, daß er in Ausführung einer anderen Kommission, z. B. einer Verkaufskommission, mit dem erzielten Erlöse einen Wechsel ankauft, um durch dessen Remittirung dem Kommittenten das Geld zu übermitteln (vgl. R.G.E. XX S. 113), welch letzterer Fall bei überseeischen Verkaufskommissionären praktisch ist. Der Auftrag kann gehen auf einen bestimmten Wechsel oder auf einen guten Wechsel überhaupt. In beiden Fällen erfolgt die Uebertragung des Wechsels seitens des Dritten mangels anderer Vereinbarung[1]) zunächst an den Kommissionär, der ihn dann seinerseits dem Kommittenten weiterzuübertragen verpflichtet ist (vgl. oben § 392 Nr. 18). Die aus dem Wechsel resultirenden Forderungen gegen die Wechselschuldner sind im Verhältniß zwischen Kommissionär und Kommittent nicht Forderungen des Kommittenten, § 392 ist hierauf nicht anwendbar (vgl. § 392 Nr. 3). Anders die herrschende Meinung, nach der, wenn der Kommissionär in Konkurs fällt, der Kommittent die Wechselforderungen für sich vor den Konkursgläubigern in Anspruch nehmen kann und nur nachzuweisen hat, daß der Wechsel in Ausführung der Kommission erworben wurde (vgl. die Entsch. in R.G.E. XLI S. 4, 5, die freilich ein anderes indossables Papier betrifft, Lepa S. 153, 154). Damit der Kommittent Wechselgläubiger und Eigenthümer des Wechsels wird, bedarf es der Uebertragung des Wechsels an ihn, sei es, daß der Kommissionär den in blanco indossirten Wechsel einfach dem Kommittenten begiebt, sei es, daß er ihn selbst indossirt im Wege des Namens- oder Blankoindossaments. Diese Indossirung hat zu Eigenthum zu geschehen, denn der Kommissionär ist ja verpflichtet, das Erhaltene wirklich auszukehren, der Kommissionär muß den Kommittenten in die Lage versetzen, über den Wechsel als vollberechtigter Gläubiger zu verfügen. Der Kommissionär würde seiner Herausgabepflicht nicht genügen, wenn er ein bloßes Prokuraindossament ausstellte oder wenn er die Weiterbegebung des Wechsels untersagen würde. Er muß voll indossiren.

Nr. 3. 3. Ergeben sich die obigen Sätze aus allgemeinen Gesichtspunkten, so enthält § 395 einen darüber hinausgehenden Satz. Indem er den indossirenden Kommissionär verpflichtet, den Wechsel „in üblicher Weise und ohne Vorbehalt" zu indossiren, dehnt er die Pflicht des Kommissionärs darauf aus, den Indossirungsakt nach allen Richtungen hin zum normalen zu gestalten, demnach nichts ihm zu rauben, was dessen Wirkung beeinträchtigt. Somit darf sich der Kommissionär auch nicht der aus dem Indossament entspringenden Garantiepflicht entziehen, er darf keinen Zusatz machen,

[1]) Insbesondere, indem der Kommissionär den Dritten veranlaßt, direkt an den Kommittenten zu indossiren.

Digitized by Google

der seine Haftpflicht gegenüber dem Indossatar oder dessen Nachmännern beseitigt oder einschränkt (W.O. Art. 14, 15, 31). Beobachtet er diese Verpflichtung nicht, so ist der Kommittent nicht gehalten, den Wechsel anzunehmen und kann Schadensersatz begehren. Vgl. jedoch § 391.

Nr. 4. 4. Diese Pflicht ist dem Kommissionär auferlegt, um den Kommittenten vor Schaden, den ein irregulärer Wechsel anrichten könnte, zu bewahren, um dem Wechsel seine Umlaufsfähigkeit zu erhalten. Keineswegs war die Absicht des Gesetzes die, den einen Wechsel ankaufenden Kommissionär im Verhältniß zum Kommittenten stets einer schärferen Haftung zu unterwerfen, also eine Verpflichtung des Kommissionärs zu statuiren, dem Kommittenten für die Erfüllung der Wechselverbindlichkeit am Verfalltage generaliter aufzukommen. Vielmehr bemißt sich — falls nicht die ev. vom Kommittenten zu beweisenden Voraussetzungen des § 394 oder des § 384 Abs. 3 vorliegen — die Haftung des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten nur nach allgemeinen Grundsätzen, hatte er also bei Einkauf des Wechsels die nöthige Sorgfalt bewiesen, so braucht er dem Kommittenten nicht aufzukommen, wenn der Trassat am Verfalltage nicht zahlt; der gegen ihn vom Kommittenten angestellten Regreßklage gegenüber kann er sich auf § 384 Abs. 1 berufen (vgl. R.G.E. XX S. 114, anders O.L.G. Karlsruhe in Seuffert XXXVIII Nr. 253). Belangt ihn ein Nachmann des Kommittenten, so muß er freilich nach Wechselrecht aufkommen, kann aber dann im Wege des civilrechtlichen Regresses vom Kommittenten Ersatz verlangen (Grünhut S. 520 ff.). Eine Delkredereprovision kann er deshalb aus § 395 nicht ohne Weiteres beanspruchen. Vielmehr bedarf es dazu der besonderen Uebernahme der Haftung aus § 394.

Nr. 5. 5. Das ältere Recht stimmte überein.

§ 396.

Der Kommissionär kann die Provision fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Ist das Geschäft nicht zur Ausführung gekommen, so hat er gleichwohl den Anspruch auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsgebräuchlich ist; auch kann er die Provision verlangen, wenn die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist.

Zu dem von dem Kommittenten für Aufwendungen des Kommissionärs nach den §§ 670, 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu leistenden Ersatze gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs.

Entw. I § 367, II § 388; Denkschr. I S. 238, 239, II S. 3255; A.D.H.G.B. Art. 371.

I. **Provision.**

Nr. 1. 1. Das Recht des Kommissionärs auf die Provision ist Ausfluß des in § 354 aufgestellten Grundsatzes. Es ist somit nicht abhängig von einer besonderen, auf die Provisionszahlung gerichteten Vereinbarung. Umgekehrt bedarf es, um den Anspruch auszuschließen, eines besonderen Verzichtes des Kommissionärs, der freilich auch stillschweigend erfolgen kann.

Nr. 2 Ueber die Höhe der Provision entscheidet mangels besonderer Vereinbarung[1]) die Ueblichkeit am Erfüllungsort, regelmäßig dem Ort der Handelsniederlassung des Kommissionärs (B.G.B. § 632 Abs. 2, H.G.B. § 394 Abs. 1, vgl. § 88 Abs. 3). Regel-

[1]) Vgl. dazu oben S. 201 Nr. 11. Die Provision kann bei Limito in der günstigeren Differenz bestehen oder sie besteht in einem Theil des Gewinnes (vgl. R.O.H.G. XXII S. 77). Möglicherweise sind Vereinbarungen zwischen Kommittent und Kommissionär geschlossen, die letzterem ein Recht nach Art des in § 89 dem Agenten gewährten einräumen. Dann hätte der Kommissionär aber nicht ein Recht auf Ertheilung eines Buchauszuges nach Maßgabe von § 91 (vgl. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. X S. 20).

Digitized by Google

mäßig besteht die Provision in einer prozentualen Gebühr vom Werthbetrage des Geschäftsobjektes, bei Verkaufskommission vom Verkaufspreise, bei der Einkaufskommission vom Einkaufspreise, letzterenfalls unter Zurechnung der vom Kommissionär ausgelegten Kosten (vgl. dazu Grünhut S. 276—279). Beim Bankkontokurrentverkehr wird die Provision vom Umsatz der betr. Kontokurrentperiode häufig berechnet.

Nr. 3. 2. Der Anspruch des Kommissionärs auf die Provision besteht gegenüber dem Kommittenten. Der dritte Kontrahent hat nichts damit zu thun, ihm gegenüber erscheint der Kommissionär als Partei, mit der er den Vertrag abschließt. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß der Kommissionär von zwei Seiten eine Kommission erhält, die er dadurch ausführt, daß er dem Einen gegenüber vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht (vgl. oben S. 200 Anm. 1) und von beiden Provision erhält (vgl. bei § 403). Nur ist er natürlich verpflichtet, die Interessen beider Auftraggeber gehörig zu wahren (R.O.H.G. VII S. 91, Grünhut S. 452). Wirthschaftlich steht seine Thätigkeit dann der des Vermittlers gleich, juristisch unterscheidet sie sich aber erheblich davon.

Nr. 4. Der Anspruch besteht aus jedem Kommissionsgeschäft, erhält daher der Kommissionär vom selben Kommittenten mehrere Kommissionen, so kann er für jedes Geschäft gesondert Provision begehren.

Nr. 5. 3. Der Anspruch ist mangels anderer Vereinbarung erworben erst mit **Ausführung des Geschäfts** (vgl. § 88).[1] Was „Ausführung" des Geschäfts ist, bemißt sich nach Lage des Falles. Regelmäßig ist darunter nicht der bloße Abschluß des Ausrichtungsgeschäfts zu verstehen, vielmehr dessen Abwicklung. Der Kommissionär (insbesondere der Verkaufskommissionär) soll die Provision erst bei der Abrechnung verlangen können, die nach gehöriger Abwicklung des Ausrichtungsgeschäfts erfolgt. Dabei ist hier, wie beim Agenten (vgl. § 88 Nr. 2), vor Allem darauf zu sehen, daß der Kommittent zu dem gekommen ist, was er erreichen wollte, daß also der Dritte erfüllt hat.[2] Unterläßt der Kommittent seinerseits zu erfüllen, so kann er sich nicht darauf berufen, daß von seiner Seite nicht abgewickelt ist; anders, wenn er darauf hinweisen kann, daß der Kommissionär selbst es unterlassen hat, die Abwicklung vorzunehmen, z. B. die verkaufte Waare dem Dritten zu übersenden. — Doch kann statt vollständiger Abwicklung nach Lage des Falls schon theilweise genügen, zumal wenn die Abwicklung lange Zeit in Anspruch nimmt (Denkschr. II S. 3255). Auch kann ausnahmsweise unter Ausführung auch der bloße Abschluß verstanden sein, z. B. beim Einkaufskommissionär, indem der Dritte die Uebersendung der Waare direkt an den Kommittenten vornehmen soll (Grünhut S. 267, R.O.H.G. XX S. 316, vgl. R.O.H.G. XVI S. 379, I S. 84, hinsichtlich des Spediteurs § 409). — Solange das Geschäft nicht ausgeführt ist, ist der Provisionsanspruch nicht erworben, selbst kasuelle Unmöglichkeit der Ausführung befreit den Kommittenten von der Provision. Die Provision wird also für den Erfolg, nicht für die Mühleleistung gewährt. — Ist die Ausführung theilbar — was regelmäßig nicht der Fall sein wird —, so gebührt die Provision für den ausgeführten Theil.

Nr. 6. Vereitelt der Dritte, mit dem das Geschäft abgeschlossen ist, die Ausführung der Kommission, so kann sich der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten nicht darauf berufen; wieweit er gegen den Dritten vorgehen kann, bemißt sich nach Grundsätzen, die mit dem Kommissionsgeschäft nichts gemein haben. Anders, wenn die Ausführung des bereits abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist. Solange das Geschäft nicht abgeschlossen ist, kann der Kommittent freilich frei widerrufen und durch den Widerruf

---

[1] Hat der Kommissionär nicht das aufgetragene, sondern ein anderes Geschäft ausgeführt, so cessirt der Anspruch auf die Provision. Vgl. in dieser Beziehung das bei § 385 Nr. 2 Gesagte. Die Ausführung hat der Kommissionär zu beweisen; dabei genügt, daß er nachweist, er habe ein der Kommission entsprechendes Geschäft abgeschlossen; daß die Beziehung des Geschäfts zu der Kommission sich auch sonst äußerlich (z. B. durch Eintragung in das Handelsbuch) manifestirt, ist nicht nothwendig (O.L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 266, vgl. R.G.E. XVIII S. 21 ff.). Vielmehr würde dem Kommittenten der Gegenbeweis obliegen, daß das fragliche Geschäft in Wahrheit gar nicht in Ausrichtung der Kommission geschlossen sei.

[2] Die besondere Bestimmung für den Verkaufsagenten in § 88 Abs. 1 Satz 2 gilt hier zwar nicht, doch wird der Handelsgebrauch vielfach auf dasselbe hinauslaufen (vgl. z. B. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Nr. 634). Nicht anwendbar ist die Bestimmung des § 89.

Digitized by Google

die Kommission beseitigen und damit das Recht auf die Provision zerstören.[1]) Anders, wenn das Geschäft abgeschlossen ist. Verweigert hier der Kommittent grundlos die Ausführung oder führt er nicht vertragsmäßig aus, so daß der Dritte daraufhin mit Recht die Ausführung auch seinerseits unterläßt, so bleibt dem Kommissionär der Anspruch auf die Provision. Nur muß lediglich in der Person des Kommittenten der Grund zur mangelnden Ausführung liegen, ist zugleich der Kommissionär in culpa, so ist der Anspruch auf die Provision verloren. — Widerruft der Kommittent die Kommission und gelangt der Widerruf an den Kommissionär erst nach Abschluß des Geschäfts, so ist er, falls das Geschäft ordnungsmäßig geschlossen ist, ohne Wirkung, der Anspruch auf die Provision kann dadurch nicht entzogen werden (Ausnahme § 405 Abs. 3); würde freilich das Geschäft daraufhin vom Kommissionär rückgängig gemacht werden, so verlöre er die Provision.

Eine Ausnahme von den obigen Sätzen gilt nur hinsichtlich der **Auslieferungs-provision.** Ist das Kommissionsgut dem Kommissionär (regelmäßig Verkaufskommissionär) vom Kommittenten behufs Ausführung der Kommission übergeben und widerruft der Kommittent vor Abschluß des Vertrages die Kommission, so hat der Kommissionär Anspruch auf Auslieferungsprovision, falls und soweit solche am Ort seiner Handelsniederlassung ortsgebräuchlich ist[2]) (vgl. Grünhut S. 427). Ueber die Höhe entscheidet der Ortsgebrauch. Verschulden des Kommissionärs in Durchführung der Kommission nimmt ihm den Anspruch. Nr. 7.

4. Der Anspruch des Kommissionärs auf die Provision unterliegt der kurzen zweijährigen **Verjährung** des B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 1 (nicht Nr. 7), wenn das Geschäft auf Seiten des Kommittenten kein Handelsgeschäft ist; andernfalls greift die vierjährige Verjährung Platz (B.G.B. § 196 Abs. 2). Nr. 8.

II. Für die zur Ausführung der Kommission erforderlichen Aufwendungen hat der Kommittent dem Kommissionär auf Verlangen **Vorschuß** zu leisten, B.G.B. §§ 675, 669 (vgl. R.G.E. XXIII S. 413); der Kommissionär selbst ist mangels anderer Vereinbarung[3]) nicht verpflichtet, in Vorschuß für den Kommittenten zu gehen (über den Vorschuß für Dritte oben § 393 Nr. 1); der Kommissionär will im Zweifel dem Kommittenten nicht auch Kredit eröffnen, sondern nur seine Dienste zur Besorgung des Geschäfts zur Verfügung stellen; er kann deshalb verlangen, daß ihm die nöthigen Mittel vom Kommittenten zur Ausführung des Geschäfts bereit gestellt werden und zwar am Erfüllungsort des kommittirten Geschäfts. Doch hat er vor Abschluß des Geschäfts keine Klage auf Leistung des Vorschusses, weil vor Abschluß des Geschäfts der Kommittent jederzeit kündigen kann (Mot. zum Entw. I B.G.B. II S. 540); er ist aber außer Verantwortung, wenn er die Ausführung unterläßt, weil er den nöthigen Vorschuß nicht erhalten hat; dabei hat er die Pflicht, den Kommittenten darauf aufmerksam zu machen, daß Vorschuß erforderlich ist, er darf nicht etwa lediglich, weil er nicht die nöthigen Mittel erhalten hat, von der Ausführung abstehen (R.O.H.G. XVI S. 379). Nach Abschluß des Vertrages hat er eine Klage auf Leistung des zur Ausführung nothwendigen Betrages. Nr. 9.

Hat sich der Kommissionär verpflichtet, in Vorschuß zu gehen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, z. B. durch Uebernahme von Kommissionen, die nach der Natur der Sache dies mit sich bringen, so kann er nicht nachträglich deshalb Gewährung einer Deckung vom Kommittenten verlangen, weil der Dritte eine unsichere Person ist, wohl aber, weil der Kommittent in Vermögensfall geräth (vgl. B.G.B. § 321). Nr. 10.

Den geleisteten Vorschuß (z. B. für Fracht, Zölle ꝛc.) kann er ersetzt verlangen und zwar mit Zinsen vom Tage der Leistung ab (B.G.B. §§ 670, 256) — je nach der Person des Kommittenten 4 oder 5% —, und zwar mit der Klage aus dem Nr. 11.

---

[1]) Doch wird man, wenn er den Widerruf kurz vor Abschluß nur vornimmt, um sich die Provision zu ersparen, und dann selbst abschließt, den Anspruch auf die Provision gewähren müssen (Busch XXXIX S. 119).

[2]) Vgl. R.G.E. XVII S. 32; die Begründung dieses Urtheils geht insofern fehl, als sie die Auslieferungsprovision mit der sonstigen Provision gleichstellt. In Wahrheit ist sie anders zu behandeln, weil das Geschäft ja gar nicht abgeschlossen ist, von einem Erfüllungsort des Geschäfts ist hier ja gar keine Rede. Selbst bei Börsengeschäften wäre die Auslieferungsprovision nicht nach dem Gebrauch des Börsenortes, sondern des Ortes des Kommissionärs zu beurtheilen.

[3]) Sehr üblich ist es freilich, daß der Verkaufskommissionär dem Kommittenten auf die Waare Vorschuß leistet.

Digitized by Google

Kommissionsgeschäft (R.G.E. VIII S. 370, Seuffert XV Nr. 44); der Anspruch auf Ersatz ist nicht ein Anspruch aus selbständigem Darlehn, sondern ein solcher aus dem Kommissionsgeschäft, er setzt daher vorherige Rechnungslegung voraus; insbesondere bei der Verkaufskommission wird es im Zweifel als Absicht der Kontrahenten anzusehen sein, daß der Vorschuß bis zur Abwicklung dem Kommittenten kreditirt sein soll (R.O.H.G. X S. 189) und daß sich der Kommissionär aus dem Erlöse des Verkaufs für ihn decken soll, zumal er ohnehin durch ein Zurückbehaltungsrecht (B.G.B. § 273) und Pfandrecht (§ 397) am Kommissionsgute dafür gedeckt ist.

Nr. 12. III. Aber nicht bloß den geleisteten Vorschuß, sondern alle zum Zwecke der Ausführung der Kommission gemachten **Aufwendungen** kann er ersetzt verlangen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte (B.G.B. § 670). Dahin gehören z. B. von der Steuerbehörde verlangte und von ihm bezahlte Zölle (R.O.H.G. II S. 314), Bezahlung für geliehene Säcke (Sackleihegeld). Gleichgültig ist, ob sie nothwendig[1]) oder nützlich sind, ob die Thätigkeit des Kommissionärs zum erstrebten Ziel für den Kommittenten führte oder nicht, d. h. ob die Kommission wirklich ausgeführt wurde oder nicht; selbst bei nachträglichem Widerruf des Kommittenten bleibt dieser Anspruch bestehen; gleichgültig auch, ob ihre Ausführung dem Kommittenten den erhofften Vortheil brachte oder nicht. Nur mußte der Kommissionär sie als ordentlicher Kaufmann den Umständen nach für erforderlich halten und durfte auch sonst nicht verschuldet gehandelt haben. Hatte der Kommittent eine gewisse Grenze für die Aufwendungen bestimmt, so darf der Kommissionär bei gemessener Limitirung überhaupt nicht, bei nur demonstrativer nur in Gemäßheit von B.G.B. § 665 abweichen. Den Beweis, daß er die Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, hat er zu führen. — Wieweit er für die gemachten Aufwendungen Zinsen berechnen kann, entscheidet sich aus H.G.B. § 354 Abs. 2, B.G.B. § 256. Als besondere Fälle der Aufwendungen zählt das Gesetz auf die Hergabe der Lagerräume (nicht das bloße Ansichnehmen der Waare oder des Werthpapieres, ebensowenig die Aufstellung im Laden zum Verkauf, vgl. auch Busch XXVI S. 328), und der Beförderungsmittel des Kommissionärs zur Benutzung für den Kommittenten, gleichgültig, ob der Kommissionär selbst oder ein Dritter Eigenthümer der Lagerräume und der Beförderungsmittel ist. Wieweit der Kommittent dem Kommissionär auch eine Vergütung für Arbeit seiner Leute gewähren muß, sagt das Gesetz nicht. Hier wird zu unterscheiden sein: zählt die Arbeit der Leute zu den Leistungen, die der Kommittent vom Kommissionär behufs Erfüllung des eigentlichen Kommissionsauftrags erwarten durfte, so kann der Kommissionär dafür keine besondere Vergütung verlangen, z. B. nicht für die Arbeit des Buchhalters, Korrespondenten, Verkäufers, Reisenden. Zweifelhafter ist es schon hinsichtlich der Thätigkeit des Auf- und Abladens der Waare beim Verkaufskommissionär; jedenfalls aber würde der Kommissionär für besondere Arbeit, die ihm durch den Zustand der Waare (Trockenlegen, Neupacken u. s. w.) erwachsen ist, Vergütung verlangen können. Der Richter hat also nach Lage des Falles zu entscheiden, wieweit von einer besonderen Aufwendung zu reden ist. Gelangt er zur Bejahung, so hat er dem Kommissionär die Gebühr neben der Provision zuzusprechen.

Natürlich können die Parteien vereinbaren, daß die Provision auch die Vergütung für diese Leistungen mit umfassen solle.

Nr. 13. IV. Der Kommissionär kann ferner verlangen, daß der Kommittent ihn von den in Ausführung der Kommission dem Dritten gegenüber **eingegangenen fälligen Verbindlichkeiten befreit**, hinsichtlich der nicht fälligen ihm wenigstens Sicherheit leistet (B.G.B. § 257). Die Befreiung braucht nicht gerade in der Weise zu geschehen, daß der Kommittent die Schuld an Stelle des Kommissionärs übernimmt, es genügt, daß er ihm die Mittel in die Hand giebt, seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten nachzukommen (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 542). Bei der Einkaufskommission hat der Kommittent ihm oder dem Dritten den Kaufpreis am Fälligkeitstage zu übersenden, schickt er ihn vorher, so ist er im Zweifel nicht berechtigt, Diskont

[1]) Unter den Begriff der nothwendigen Aufwendungen fällt alles, was der Kommissionär thun mußte, um den Dritten aus dem abgeschlossenen Geschäft zu befriedigen, soweit es nicht Folge seiner culpa ist. Hatte insbesondere der Verkaufskommissionär zur Erfüllung des Verkaufs selbst liefern müssen, weil ihn der Kommittent im Stich ließ, so muß ihm der Kommittent den Aufwand ersetzen und kann sich nicht darauf berufen, daß er durch kasuelle Unmöglichkeit verhindert war, das Verkaufsobjekt rechtzeitig zu liefern. (R.O.H.G. XXIII S. 108.)

Digitized by Google

abzuziehen (B.G.B. § 272), bei der Verkaufskommission hat er die verkaufte Waare rechtzeitig und mängelfrei zu übersenden, damit sie der Kommissionär dem Dritten übergeben kann u. s. w. (R.G.E. XXIII S. 413).

V. Der Kommissionär kann endlich **Ersatz des** ihm durch die Ausführung der Nr. 14.
Kommission **entstandenen Schadens** verlangen, soweit er ihn nicht eigenem Verschulden zuzuschreiben hat (in dieser Hinsicht vgl. B.G.B. § 254), z. B. Ersatz des Schadens, den die kranke oder gefährliche Verkaufswaare ihm anrichtet, des Schadens, den er dem Dritten ersetzen muß, weil die Waare nicht ordnungsgemäß ausfiel, der Kosten, die er in dem vom Dritten angestrengten Prozeß tragen muß u. s. w. (R.O.H.G. XXI S. 311, Busch XV S. 93). In letzterem Falle darf der Kommittent auch nicht einwenden, daß der Richter unrichtig entschieden habe, höchstens kann er sich auf mangelhafte Sorgfalt des Kommissionärs bei der Prozeßführung berufen; diese kann schon darin liegen, daß ihm der Kommissionär nicht den Streit verkündet hat (C.P.O. § 72).

VI. Das ältere Recht (Art. 371) stimmte im Ganzen überein, wenngleich es Nr. 15.
weniger ausführlichere Bestimmungen enthielt; die Bestimmung des Schlußpassus von Abs. 1 wurde wenigstens in der Praxis angewandt.

Soweit es sich um die Verjährung des Anspruches auf Provision handelt, ist Art. 169 des E. B.G.B. zu beachten.

§ 397.

Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Entw. I § 370, II § 389; Denkschr. I S. 239, 240, II S. 3255; A. D. H.G.B. Art. 374 Abs. 1.

1. Die §§ 397—399 enthalten die Regelung der eigenthümlichen **Deckungsrechte** Nr. 1.
des Kommissionärs, und zwar in der Art, daß § 397 das Pfandrecht des Kommissionärs am Kommissionsgut im Allgemeinen, § 398 die Realisirung des Deckungsrechts unter Berücksichtigung des besonderen Falles, daß der Kommissionär Eigenthümer des Kommissionsgutes ist, und § 399 das Deckungsrecht des Kommissionärs an den aus dem Ausrichtungsgeschäft erworbenen Forderungen insbesondere behandelt. Alle drei §§ gehen von dem Normalfall der Ausführung der Kommission durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten aus. Auf den Fall des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs dehnt § 404 die Vorschriften der §§ 397, 398 aus.

2. Nur das eigenthümliche Deckungsrecht des Kommissionärs wird in Nr. 2.
diesem Abschnitt behandelt. Keineswegs sind damit dem Kommissionär die sonstigen Rechtsbehelfe genommen, die das bürgerliche Recht oder Handelsrecht ihm zu seiner Sicherung gewährt. Insofern er aus dem Ausrichtungsgeschäft mit dem Dritten diesem oder dessen Gläubigern gegenüber Deckungsrechte besitzt, z. B. vertragsmäßige Pfandrechte oder als Verkäufer das Verfolgungsrecht nach R.K.O. § 44, ferner allgemein das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 oder das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. § 273, stehen sie ihm ohnehin nicht als Kommissionär, sondern als Kontrahenten zu. Aber auch insofern er gegenüber dem Kommittenten durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 (vgl. hierzu besonders Depotgesetz § 8 Abs. 2) oder das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. § 273 oder durch Sicherheitsleistung nach Maßgabe von B.G.B. § 232[1]) gedeckt ist, bleibt es ihm unbenommen, die daraus resultirenden Rechte geltend zu machen. Auch kann er nach allgemeinen Grundsätzen aufrechnen, was insbesondere beim Verkaufskommissionär

[1]) Bankiers lassen sich häufig von ihren Kommittenten Depots bestellen zur Deckung etwaiger Differenzen. Ueber kaufmännische Usancen hinsichtlich der Verpflichtung zur Verstärkung von Depots Dove-Apt I S. 70 ff.

Digitized by Google

Kommissionsgeschäft (R.G.E. VIII S. 370, Seuffert XV Nr. 44); der Anspruch auf Ersatz ist nicht ein Anspruch aus selbständigem Darlehn, sondern ein solcher aus dem Kommissionsgeschäft, er setzt daher vorherige Rechnungslegung voraus; insbesondere bei der Verkaufskommission wird es im Zweifel als Absicht der Kontrahenten anzusehen sein, daß der Vorschuß bis zur Abwicklung dem Kommittenten kreditirt sein soll (R.O.H.G. X S. 189) und daß sich der Kommissionär aus dem Erlöse des Verkaufs für ihn decken soll, zumal er ohnehin durch ein Zurückbehaltungsrecht (B.G.B. § 273) und Pfandrecht (§ 397) am Kommissionsgute dafür gedeckt ist.

Nr. 12. III. Aber nicht bloß den geleisteten Vorschuß, sondern alle zum Zwecke der Ausführung der Kommission gemachten **Aufwendungen** kann er ersetzt verlangen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte (B.G.B. § 670). Dahin gehören z. B. von der Steuerbehörde verlangte und von ihm bezahlte Zölle (R.O.H.G. II S. 314), Bezahlung für geliehene Säcke (Sackleihegeld). Gleichgültig ist, ob sie nothwendig [1]) oder nützlich sind, ob die Thätigkeit des Kommissionärs zum erstrebten Ziel für den Kommittenten führte oder nicht, d. h. ob die Kommission wirklich ausgeführt wurde oder nicht; selbst bei nachträglichem Widerruf des Kommittenten bleibt dieser Anspruch bestehen; gleichgültig auch, ob ihre Ausführung dem Kommittenten den erhofften Vortheil brachte oder nicht. Nur mußte der Kommissionär sie als ordentlicher Kaufmann den Umständen nach für erforderlich halten und durfte auch sonst nicht verschuldet gehandelt haben. Hatte der Kommittent eine gewisse Grenze für die Aufwendungen bestimmt, so darf der Kommissionär bei gemessener Limitirung überhaupt nicht, bei nur demonstrativer nur in Gemäßheit von B.G.B. § 665 abweichen. Den Beweis, daß er die Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, hat er zu führen. — Wieweit er für die gemachten Aufwendungen Zinsen berechnen kann, entscheidet sich aus H.G.B. § 354 Abs. 2, B.G.B. § 256. Als besondere Fälle der Aufwendungen zählt das Gesetz auf die Hergabe der Lagerräume (nicht das bloße Ansichnehmen der Waare oder des Werthpapieres, ebensowenig die Aufstellung im Laden zum Verkauf, vgl. auch Busch XXVI S. 328), und der Beförderungsmittel des Kommissionärs zur Benutzung für den Kommittenten, gleichgültig, ob der Kommissionär selbst oder ein Dritter Eigenthümer der Lagerräume und der Beförderungsmittel ist. Wieweit der Kommittent dem Kommissionär auch eine Vergütung für Arbeit seiner Leute gewähren muß, sagt das Gesetz nicht. Hier wird zu unterscheiden sein: zählt die Arbeit der Leute zu den Leistungen, die der Kommittent vom Kommissionär behufs Erfüllung des eigentlichen Kommissionsauftrags erwarten durfte, so kann der Kommissionär dafür keine besondere Vergütung verlangen, z. B. nicht für die Arbeit des Buchhalters, Korrespondenten, Verkäufers, Reisenden. Zweifelhafter ist es schon hinsichtlich der Thätigkeit des Auf- und Abladens der Waare beim Verkaufskommissionär; jedenfalls aber würde der Kommissionär für besondere Arbeit, die ihm durch den Zustand der Waare (Trockenlegen, Neupacken u. s. w.) erwachsen ist, Vergütung verlangen können. Der Richter hat also nach Lage des Falles zu entscheiden, wieweit von einer besonderen Aufwendung zu reden ist. Gelangt er zur Bejahung, so hat er dem Kommissionär die Gebühr neben der Provision zuzusprechen.

Natürlich können die Parteien vereinbaren, daß die Provision auch die Vergütung für diese Leistungen mit umfassen solle.

Nr. 13. IV. Der Kommissionär kann ferner verlangen, daß der Kommittent ihn von den in Ausführung der Kommission dem Dritten gegenüber **eingegangenen fälligen Verbindlichkeiten befreit**, hinsichtlich der nicht fälligen ihm wenigstens Sicherheit leistet (B.G.B. § 257). Die Befreiung braucht nicht gerade in der Weise zu geschehen, daß der Kommittent die Schuld an Stelle des Kommissionärs übernimmt, es genügt, daß er ihm die Mittel in die Hand giebt, seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten nachzukommen (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 542). Bei der Einkaufskommission hat der Kommittent ihm oder dem Dritten den Kaufpreis am Fälligkeitstage zu übersenden, schickt er ihn vorher, so ist er im Zweifel nicht berechtigt, Diskont

[1]) Unter den Begriff der nothwendigen Aufwendungen fällt alles, was der Kommissionär thun mußte, um den Dritten aus dem abgeschlossenen Geschäft zu befriedigen, soweit es nicht Folge seiner culpa ist. Hatte insbesondere der Verkaufskommissionär zur Erfüllung des Verkaufs selbst liefern müssen, weil ihn der Kommittent im Stich ließ, so muß ihm der Kommittent den Aufwand ersetzen und kann sich nicht darauf berufen, daß er durch kasuelle Unmöglichkeit verhindert war, das Verkaufsobjekt rechtzeitig zu liefern. (R.O.H.G. XXIII S. 108.)

Digitized by Google

abzuziehen (B.G.B. § 272), bei der Verkaufskommission hat er die verkaufte Waare rechtzeitig und mängelfrei zu übersenden, damit sie der Kommissionär dem Dritten übergeben kann u. s. w. (R.G.E. XXIII S. 413).

V. Der Kommissionär kann endlich **Ersatz des ihm** durch die Ausführung der Nr. 14.
Kommission **entstandenen Schadens** verlangen, soweit er ihn nicht eigenem Verschulden zuzuschreiben hat (in dieser Hinsicht vgl. B.G.B. § 254), z. B. Ersatz des Schadens, den die kranke oder gefährliche Verkaufswaare ihm anrichtet, des Schadens, den er dem Dritten ersetzen muß, weil die Waare nicht ordnungsgemäß ausfiel, der Kosten, die er in dem vom Dritten angestrengten Prozeß tragen muß u. s. w. (R.O.H.G. XXI S. 311, Busch XV S. 93). In letzterem Falle darf der Kommittent auch nicht einwenden, daß der Richter unrichtig entschieden habe, höchstens kann er sich auf mangelhafte Sorgfalt des Kommissionärs bei der Prozeßführung berufen; diese kann schon darin liegen, daß ihm der Kommissionär nicht den Streit verkündet hat (C.P.O. § 72).

VI. Das ältere Recht (Art. 371) stimmte im Ganzen überein, wenngleich es Nr. 15.
weniger ausführlichere Bestimmungen enthielt; die Bestimmung des Schlußpassus von Abs. 1 wurde wenigstens in der Praxis angewandt.

Soweit es sich um die Verjährung des Anspruches auf Provision handelt, ist Art. 169 des E. B.G.B. zu beachten.

§ 397.

Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Entw. I § 370, II § 389; Denkschr. I S. 239, 240, II S. 3255; A. D. H.G.B. Art. 374 Abs. 1.

1. Die §§ 397—399 enthalten die Regelung der eigenthümlichen **Deckungsrechte** Nr. 1.
des Kommissionärs, und zwar in der Art, daß § 397 das Pfandrecht des Kommissionärs am Kommissionsgut im Allgemeinen, § 398 die Realisirung des Deckungsrechts unter Berücksichtigung des besonderen Falles, daß der Kommissionär Eigenthümer des Kommissionsgutes ist, und § 399 das Deckungsrecht des Kommissionärs an den aus dem Ausrichtungsgeschäft erworbenen Forderungen insbesondere behandelt. Alle drei §§ gehen von dem Normalfall der Ausführung der Kommission durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten aus. Auf den Fall des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs dehnt § 404 die Vorschriften der §§ 397, 398 aus.

2. Nur das eigenthümliche Deckungsrecht des Kommissionärs wird in Nr. 2.
diesem Abschnitt behandelt. Keineswegs sind damit dem Kommissionär die sonstigen Rechtsbehelfe genommen, die das bürgerliche Recht oder Handelsrecht ihm zu seiner Sicherung gewährt. Insofern er aus dem Ausrichtungsgeschäft mit dem Dritten diesem oder dessen Gläubigern gegenüber Deckungsrechte besitzt, z. B. vertragsmäßige Pfandrechte oder als Verkäufer das Verfolgungsrecht nach R.K.O. § 44, ferner allgemein das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 oder das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. § 273, stehen sie ihm ohnehin nicht als Kommissionär, sondern als Kontrahenten zu. Aber auch insofern er gegenüber dem Kommittenten durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 (vgl. hierzu besonders Depotgesetz § 8 Abs. 2) oder das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. § 273 oder durch Sicherheitsleistung nach Maßgabe von B.G.B. § 232 [1]) gedeckt ist, bleibt es ihm unbenommen, die daraus resultirenden Rechte geltend zu machen. Auch kann er nach allgemeinen Grundsätzen aufrechnen, was insbesondere beim Verkaufskommissionär

[1]) Bankiers lassen sich häufig von ihren Kommittenten Depots bestellen zur Deckung etwaiger Differenzen. Ueber kaufmännische Usancen hinsichtlich der Verpflichtung zur Verstärkung von Depots Dove-Apt I S. 70 ff.

Digitized by Google

hinsichtlich des Erlöses von Wichtigkeit ist. Dazu kommen endlich im Falle der Ausführung durch Selbsteintritt u. U. besondere Sicherungsrechte, die ihm in seiner Eigenschaft als Selbstkontrahent zustehen, z. B. wenn er als Spediteur vom Selbsteintritt nach § 412 Gebrauch macht, das besondere Pfandrecht des Frachtführers aus § 440, wenn er als Verkäufer eintritt, das Verfolgungsrecht gegenüber dem Käufer-Kommittenten u. s. w. So können u. U. zahlreiche Deckungsrechte mit einander konkurriren, die in verschiedenen Rechtsquellen und verschiedenen Eigenschaften des Kommissionärs ihren Ursprung haben, und deren Tragweite deshalb eine ganz verschiedene ist.

Nr. 3. 3. Nach § 397 hat der Kommissionär am Kommissionsgut, sofern er es im Besitz hat, ein **gesetzliches Pfandrecht** wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

a) Der **Kommissionär** hat das Pfandrecht, gleichgültig welcher Art von Kommissionär er ist (vgl. § 406). Es steht das Pfandrecht nicht bloß dem Verkaufs- und Einkaufskommissionär, sondern auch dem Inkassokommissionär, Exportkommissionär u. s. w. zu. Der Kommittent hat ihm gegenüber ein solches Pfandrecht nicht. Ueber das Pfandrecht des Spediteurs bei § 410.

Nr. 4. b) Der Kommissionär hat ein wirkliches **Pfandrecht**, nicht bloß ein mit pfandrechtlichen Wirkungen ausgestattetes Zurückbehaltungsrecht, und zwar hat er ein gesetzliches Pfandrecht im Sinne von B.G.B. § 1257. Einer besonderen Bestellung bedarf es nicht; doch kann es durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.

Nr. 5. c) Er hat das Pfandrecht **wegen der Forderungen gegen den Kommittenten aus diesem Kommissionsgeschäft und wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.**

α) Wegen der Forderungen aus **diesem** Kommissionsgeschäft, d. h. aus dem Kommissionsgeschäft, auf Grund dessen das Pfandobjekt in seinen Besitz gelangt ist. Als besondere Fälle solcher Forderungen führt das Gesetz an Forderungen „wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten". Allein diese Aufzählung ist nicht erschöpfend, auch Forderungen auf Ersatz des Schadens, der ihm durch das Gut zugefügt ist (vgl. § 396 Nr. 13), überhaupt alle Ansprüche aus dem Kommissionsgeschäft fallen darunter.

Nr. 6. β) Wegen der Forderungen aus **laufender Rechnung** in Kommissionsgeschäften, also auch wegen der Forderungen aus anderen, sei es früheren, sei es späteren, sei es gleichartigen, sei es andersartigen Kommissionsgeschäften, sofern er bei solchen als Kommissionär, nicht als Kommittent fungirte. Damit wird ähnlich wie beim kaufmännischen Retentionsrecht (§ 369) eine Konnexität der Forderungen über die natürlichen Grenzen hinaus geschaffen. Doch müssen die Forderungen aus „laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften" sein, d. h. die laufende Rechnung braucht sich nicht gerade nothwendig auf die Kommissionsgeschäfte zu beschränken (R.G.E. IX S. 430) — das wird praktisch auch kaum vorkommen — aber hinsichtlich der früheren oder späteren Kommissionsgeschäfte muß laufende Rechnung bestehen und, soweit sich die laufende Rechnung auf Kommissionsgeschäfte bezieht, wird sie für das Pfandrecht berücksichtigt.

Nr. 7. Daß die laufende Rechnung gerade ein wirkliches Kontokurrentverhältniß im Sinne von § 355 darstelle, wie Grünhut S. 289 ff. und Staub § 397 Anm. 1 annehmen, ist nicht nothwendig. Damit würde man die Wirksamkeit des Pfandrechts ungebührlich einengen, da der nichtkaufmännische Kommittent nicht stets in einem eigentlichen Kontokurrentverhältniß zum Kommissionär, speziell Bankkommissionär, stehen wird. Die von Staub angeführte Erwägung, daß „beim Kontokurrent die einzelnen Forderungen im Schlußsaldo aufgehen, wodurch das eine einzelne Forderung sichernde Kommissionärpfand untergehen würde, wenn das Gesetz nicht schützend eingreife", trifft ohnehin nicht mehr zu (vgl. oben S. 50 ff.). In obigem Sinne auch R.G.E. IX S. 430, Greber, Kontokurrent S. 138, unentschieden R.O.H.G. XX S. 86.

Nr. 8. Eine **Ausnahme** von § 397 macht das **Bankdepotgesetz § 8.** Der Kommissionär, der vom Kommittenten vertretbare Werthpapiere zum Zweck der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges anderer Werthpapiere, Zins- oder Dividendenscheine erhält, und dem der Kommittent mittheilt, daß es fremde sind, hat an denselben nur das Pfandrecht wegen solcher Forderungen gegen seinen Kommittenten, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind; das Gleiche gilt für den Einkaufskommissionär, dem der Kommittent die ihm ertheilte Einkaufskommission weiter begeben hat mit der Erklärung, die Anschaffung solle für fremde Rechnung

Digitized by Google

gehen, hinsichtlich der eingekauften Werthpapiere. Die Vorschrift ist insbesondere zugeschnitten auf Fälle, in denen der vom Publikum beauftragte Lokalbankier an den Centralbankier den Auftrag weitergiebt, bezieht sich aber nicht auf alle Fälle des Weiterbegebens von Aufträgen. Es muß sich handeln:

aa) Um eine Kommission zur Veräußerung, zum Umtausch, Bezug oder Einkauf von vertretbaren Werthpapieren. Ist Gegenstand ein nicht vertretbares Werthpapier, so gelten die allgemeinen Grundsätze.

bb) Die Werthpapiere müssen bei der Verkaufs-, Umtausch-, Bezugskommission einem Anderen, als dem Kommittenten gehören; hierhin gehört also nicht der Fall, daß der selbsteintretende Verkaufskommissionär die von ihm erworbenen Papiere zur Veräußerung weitergiebt. Bei der Einkaufskommission soll der Einkauf nicht für Rechnung des Kommittenten, sondern des Auftraggebers desselben geschehen. Darum gehört nicht hierher der Fall, daß der selbsteintretende Einkaufskommissionär, um seinen Selbsteintritt durchzuführen, einem Dritten den Auftrag ertheilt zur Besorgung der Papiere. Hier handelt er für eigene Rechnung, giebt nicht einen Auftrag weiter. Vgl. Rießer, Bankdepotgesetz S. 54, Lusensky S. 73, R.G.E. XXV S. 72.

cc) Der Kommittent muß — wozu er verpflichtet ist — dem Kommissionär mitgetheilt haben, daß die Papiere fremde seien, beziehungsweise daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe und zwar vor oder bei Ertheilung der Kommission. Der Mittheilung wird man jedoch Kenntniß der wahren Sachlage seitens des Kommissionärs gleichzustellen haben. Erklärt der Kommittent nachträglich, daß die Papiere nun seine eigenen seien, so würde der Kommissionär das generelle Pfandrecht aus § 397 erwerben, wenn er redlicher Weise annehmen durfte, daß dies der Fall ist (R.G. bei Holdheim VII S. 104 und dazu Oswalt ebenda S. 153, Lusensky S. 75).

dd) Solchenfalls hat der Kommissionär nicht ein generelles Pfandrecht wegen aller Forderungen in laufender Rechnung aus Kommissionsgeschäften, sondern nur wegen Forderungen aus diesem Kommissionsgeschäft. In der Geschäftssprache nennt man die vom Lokalbankier als fremde bezeichneten Werthpapiere Papiere des Konto B (sogen. Kundendepot), während diejenigen, hinsichtlich deren dem Centralbankier nichts mitgetheilt ist, Papiere des Konto A (sogen. Eigendepot) sind.

γ) Wegen der Forderungen aus **Kommissions**geschäften, also nicht, insoweit er Nr 9.
als Selbstkontrahent handelt (vgl. jedoch § 404), nicht insoweit er kraft Depositums oder als Darlehnsgeber, Bürge u. s. w. auftritt. Dabei ist natürlich das Delkredereſtehen, die Verwahrung des mangelhaften Gutes u. dgl. Bestandtheil des Kommissionsgeschäfts.[1]) Insoweit er dagegen nur als negotiorum gestor handelt, ist ihm das Pfandrecht zu versagen. Auch für ihm von Dritten abgetretene Forderungen hat er das Pfandrecht nicht, selbst wenn sie aus Kommissionsgeschäften herrühren. Bestand freilich das Pfandrecht am Gute bereits zur Zeit der Abtretung, so geht es auf ihn mit der Forderung über (B.G.B. §§ 1257, 1250). Kauft also Jemand das Geschäft eines Kommissionärs mit Aktivis und Passivis, so würde er mit den Forderungen aus Kommissionsgeschäften die dem früheren Inhaber zustehenden Pfandrechte an dem im Besitz des Cedenten befindlich gewesenen Kommissionsgut erwerben; dagegen würde das nachträglich in den Besitz des Geschäftserwerbers gelangte Kommissionsgut für die ihm cedirten Forderungen des alten Inhabers nicht haften.

d) Er hat das Pfandrecht am **Kommissionsgut**, d. h. an dem Gute, auf Nr. 10.
das sich die Kommission bezieht. An anderen Gütern hat er als Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht nicht, z. B. nicht an Gegenständen, die ihm zur Sicherung seiner Ansprüche vertragsmäßig nebenbei verpfändet sind (Kammergericht Berlin in Z. XLIV S. 243), an Gegenständen, die nur dem Transport des Kommissionsgutes dienen (Fuhrwerk, Pferde des Kommittenten u. dgl., Bolze VIII Nr. 433), auch wenn sie aus äußerlichem Anlaß der Kommission an ihn gelangt sind. Es muß somit einerseits das Kommissionsgeschäft zwischen Kommittent und Kommissionär abgeschlossen sein und es müssen andererseits diejenigen Vermögensobjekte, die den Gegenstand des Ausrichtungsgeschäfts bilden sollen, an ihn gelangt sein. Die bloße Offerte zum Abschluß der Kommission genügt nicht, falls nachher nicht wirklich eine Kommission zu Stande kommt. Ist dagegen letzteres der Fall, so schadet es nichts, wenn die Kommission nicht

[1]) Auch der Umstand, daß er nach vollzogenem Auftrag erklärt, er werde das Gut einstweilen für den Kommittenten in Verwahrung halten, macht ihn nicht zum Depositar (R.O.H.G. XX S. 86).

Digitized by Google

wirklich ausgeführt, sondern nachträglich wieder zurückgenommen wird. Andererseits muß das den Gegenstand des Ausrichtungsgeschäfts bildende Gut an ihn gelangt sein, gleichgültig, ob es vor oder nach Abschluß des Kommissionsgeschäfts an ihn gelangt ist, nur daß ersterenfalls das Pfandrecht erst mit dem Abschluß in Wirksamkeit treten kann.

Nr. 11. Der Begriff des Kommissionsgutes ergiebt sich aus dem Zusatze „sofern er es im Besitze hat". Offensichtlich auszuscheiden sind Grundstücke, obwohl auch hinsichtlich ihrer Ein- und Verkaufskommissionen möglich sind (§ 406), das gesetzliche Pfandrecht an Grundstücken bildet im bürgerlichen Recht eine große Ausnahme und hätte das Gesetz hier ein solches statuiren wollen, so hätte es dies deutlich gesagt, die Wortfassung des § 397 entspricht ganz der des älteren Rechts, in dem dieser Fall überhaupt aus dem Kommissionsgeschäft ausschied. Es sind aber ferner auszuscheiden bloße Rechte, da an solchen ein Besitz nicht möglich ist, ferner Vermögensgesammtheiten, faktische Beziehungen, aber auch alle Urkunden, die nicht Werthpapiere sind, nach dem R.G. sogar Talons (R.G.E. III S. 154).

Nr. 12. Daß das Kommissionsgut dem Kommittenten gehört, ist nicht nothwendig. Vielmehr würde der redliche Kommissionär das Pfandrecht auch am Kommissionsgut, das Dritten gehört, erwerben, sofern seine Redlichkeit sich entweder auf das Recht des Kommittenten oder auf seine Befugniß, über das Gut für den Eigenthümer zu verfügen erstreckt (oben § 366 Nr. 21). Dagegen besteht das Pfandrecht nicht an den Sachen, die im Eigenthum des Kommissionärs stehen. Freilich kann sich der Kommissionär daraus so befriedigen, als ob er ein Pfandrecht hätte (§ 398), aber ein wirkliches Pfandrecht hat er nicht. Folglich steht dem Einkaufskommissionär an dem von Dritten eingekauften Kommissionsgut, desgl. dem selbsteintretenden Einkaufskommissionär an dem von ihm gelieferten Gute das Pfandrecht so lange nicht zu, als sie nicht die Uebertragung des Eigenthums an den Kommittenten vorgenommen haben; umgekehrt erlischt das Pfandrecht des Verkaufskommissionärs mit dem Moment, wo er selbst kraft Eintritts als Selbstkontrahent Eigenthümer der Waare geworden ist. Vgl. jedoch B.G.B. § 1256.

Nr. 13. Das Pfandrecht besteht nur an dem Kommissionsgut, das der Kommissionär in Besitz hat. Der Besitz braucht nicht gerade unmittelbarer zu sein, auch mittelbarer genügt, nur darf der Kommittent oder Eigenthümer nicht gerade selbst in unmittelbarem Besitz sein (vgl. B.G.B. § 1257, 1205). Das gilt auch dann, wenn dem Kommissionär das Konnossement, der Ladeschein oder Lagerschein ausgehändigt ist, denn die Besitzeswirkungen der Aushändigung treten erst mit der Uebernahme des Gutes durch Frachtführer, Lagerhalter und Schiffer ein, §§ 424, 450, 647. Auch müssen diese Papiere ausgehändigt sein, die bloße Ausstellung genügt nicht (R.G.E. XIII S. 120), und sie müssen auf den Namen des Kommissionärs lauten, beziehungsweise in blanco indossirt sein (vgl. bei § 369 Nr. 9).

Nr. 14. e) Die **Dauer des Pfandrechts** bemißt sich nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. insbesondere bei § 443). Mala fides superveniens beseitigt es nicht für die Vergangenheit, läßt es aber für nachträglich entstehende Forderungen nicht wirken. Im Uebrigen vgl. B.G.B. §§ 1252—1256, 1242 Abs. 2, § 936, H.G.B. §§ 366 Abs. 2, 367; ferner hinsichtlich des Einlösungsrechtes B.G.B. § 1223, 1224. Umtausch gegen Sicherheitsleistung kann der Kommittent im Allgemeinen nicht beanspruchen. Ausnahmen: drohender Verderb des Pfandes B.G.B. § 1218.

f) Die sämmtlichen dem Pfandnexus unterliegenden Sachen haften für die ganze Forderung, wegen deren das Pfandrecht an ihnen besteht, B.G.B. § 1222.

4. Das ältere Recht (Art. 374 Abs. 1) stimmte überein. Hier erhebt sich die Frage: muß der Kommissionär in dem Zeitpunkt, wo das Kommissionsgut in seinen Besitz gelangt, Kommissionär oder doch Kaufmann sein? Oder genügt es, daß er damals, als die Kommission ertheilt war, Kommissionär war? Mit anderen Worten: entscheidet für das Pfandrecht dasjenige Recht, nach dem sich der Kommissionsvertrag richtet oder dasjenige Recht, das zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts gilt? Die Frage wird praktisch, wenn in Folge Aenderung der Gesetzgebung am 1. Januar 1900 der Kommissionär aufhört, Kaufmann zu sein (vgl. darüber oben bei § 2 Nr. 12) und nachträglich das Gut in seinen Besitz gelangt. Man wird sich wohl dahin entscheiden müssen, daß es genügt, wenn er zur Zeit des Vertragsabschlusses Kaufmann war, das gesetzliche Pfandrecht ist Folge und Inhalt des Kommissionsvertrages.

Digitized by Google

§ 398.

Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigenthümer des Kommissionsguts ist, für die im § 397 bezeichneten Ansprüche nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen.

Entw. I § 372, II § 390; Denkschr. I S. 241, 210, II S. 3256, 3242; A. D. H.G.B. Art. 375.

Der § 398 handelt von zwei Fällen, einmal von dem Recht des Kommissionärs, sein Pfandrecht am Kommissionsgut zu realisiren — sodann von dem Recht des Kommissionärs, der Eigenthümer des Kommissionsgutes ist, wie ein Pfandgläubiger aus dem Gute Befriedigung zu nehmen.

1. Der Kommissionär, dem ein Pfandrecht am Kommissionsgut zusteht, hat alle Rechte und Pflichten eines Pfandgläubigers, sowohl außerhalb des Konkurses als im Konkurse des Eigenthümers. Im Konkurse des Eigenthümers hat er ein Absonderungsrecht nach K.O. § 49 Abs. 1 Nr. 2[1]) (vgl. jedoch K.O. § 127). Er hat das Recht, der Pfändung des Kommissionsgutes zu widersprechen (C.P.O. § 771), da er sich im Besitz des Kommissionsgutes befindet, somit nicht auf den durch C.P.O. § 805 vorgeschriebenen Weg angewiesen ist (R.G.E. IX S. 428). Er ist andererseits zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet, soweit ihm solche nicht schon kraft seiner Eigenschaft als Kommissionär obliegt (besondere Bestimmungen im Bankdepotgesetz § 7 Abs. 2, § 1). Verletzt er die Rechte des Kommittenten in erheblichem Maße, so kann dieser nach B.G.B. § 1217 vorgehen, ist Verderb des Gutes oder wesentliche Minderung des Werthes zu besorgen, so kann der Kommittent die Rückgabe des Gutes gegen anderweitige Realkaution verlangen B.G.B. § 1218. Umgekehrt kann der Kommissionär bei Gefährdung seiner Sicherheit durch drohenden Verderb des Pfandes oder durch zu besorgende wesentliche Minderung des Werthes das Pfand nach Maßgabe von B.G.B. §§ 1219, 1220 öffentlich versteigern, und wenn es markt- oder börsengängig ist, nach B.G.B. § 1221 freihändig durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch einen öffentlichen Auktionator zum laufenden Preise verkaufen lassen. Ueber die sechsmonatliche Verjährung der Klagen des Kommittenten wegen Veränderung oder Verschlechterung des Pfandes B.G.B. § 1226, wobei wohl zu beachten ist, daß der Anspruch des Kommittenten aus dem Kommissionsgeschäft dieser Verjährung nicht unterliegt, der Kommittent also wegen einer culpa des Kommissionärs als solchen auch nachher Schadensersatz begehren kann. — Seine Befriedigung aus dem Pfande kann er nach allgemeinen Grundsätzen nehmen (B.G.B. §§ 1228 ff.[2]), wobei nur — wenn das Kommissionsgeschäft, aus dem die pfandrechtlich gesicherte Forderung herstammt, ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, an Stelle der monatlichen Frist des B.G.B. § 1234 die wöchentliche des § 368 tritt. Daß er nicht mehr Pfänder verkaufen lassen darf, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind, statuirt schon B.G.B. § 1230. Im Uebrigen hat er die Wahl, welches der mehreren Pfänder er zum Verkauf bringen lassen will; soweit in dem Pfandverkauf die Ausführung einer Kommission liegt, hat er auch die Interessen des Kommittenten zu wahren (R.O.H.G. X S. 194)[3]) und kann er andererseits die Provision verlangen Nr. 1.

[1]) Ueber das Verhältniß zum kaufmännischen Zurückbehaltungrecht bei § 371 Nr. 1; über das zum Pfandrecht des Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers bei §§ 440, 443.

[2]) Die durch das B.G.G. § 1234 erforderte vorherige Androhung des Verkaufes, sowie die in B.G.B. §§ 1237, 1241 erforderten Benachrichtigungen sind an den Eigenthümer des Kommissionsgutes zu richten. Doch gilt als solcher der Kommittent, es sei denn, daß der Kommissionär weiß, der Kommittent sei nicht Eigenthümer (B.G.B. § 1248). Dies wird man entsprechend der Vorschrift des § 367 dahin zu erweitern haben, daß er den Kommittenten dann zu benachrichtigen hat, wenn er ihn für verfügungsberechtigt hält und ihm die Person des Eigenthümers unbekannt ist.

[3]) Nothwendig ist dies nicht; die generelle Hinstellung bei v. Hahn zu Art. 375 § 4, Staub § 397 Anm. 8 ist nicht gerechtfertigt. Würde z. B. das Pfand wegen einer Forderung des Kommissionärs aus einer früheren, sonst längst erledigten Kommission realisirt, nachdem die spätere, auf Grund deren das Gut in seinen Besitz gelangt ist, widerrufen ist, so liegt kein Grund vor, dem Kommissionär mehr Pflichten aufzubürden, als jedem anderen Pfandgläubiger.

Digitized by Google

(R.O.H.G. X S. 197). — Verpflichtet zum Verkauf ist er nicht; die Wahl des Zeitpunktes ist seinem Ermessen überlassen vorbehältlich der Bestimmung des § 368 (R.G.E. I S. 305).

Nr. 2. 2. Ist der Kommissionär Eigenthümer des Kommissionsgutes, so hat er unter denselben Voraussetzungen, unter denen, und in denselben Formen, in welchen er als Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem Kommissionsgut nehmen kann, das Recht, aus dem Kommissionsgut Befriedigung zu suchen. Dabei gilt:

a) Der Begriff des Kommissionsgutes ist hier der gleiche wie im § 397; Forderungen und Rechte fallen also ebensowenig darunter wie Grundstücke; auch Geld kann nicht in Frage kommen. Die Bestimmung trifft vor allem auf den Einkaufskommissionär zu, dem das Gut vom dritten Verkäufer tradirt ist, und will die Schwierigkeiten, die sich hinsichtlich der Frage, ob der Kommittent oder Kommissionär Eigenthümer sei, praktisch beseitigen (Denkschr. II S. 3256).

b) Auch der Umfang der gesicherten Forderungen ist hier der gleiche; insbesondere trifft die Einschränkung des Bankdepotgesetzes § 8 auch diesen Fall.

c) Auch hier ist nothwendig, daß der Kommissionär im Besitz nach Maßgabe des § 397 ist; hat er das Gut dem Kommittenten ausgehändigt, so fällt das Realisirungsrecht des § 398 fort.

d) Daß der Kommittent in Verzug sei, ist in Abweichung vom älteren Recht nicht nothwendig. Fälligkeit der Forderung genügt (B.G.B. § 1228).

e) Auch hier besteht nur ein Recht, keine Pflicht; die Interessen des Kommittenten sind auch hier unter denselben Voraussetzungen wie oben zu wahren, ja solche Voraussetzungen werden hier stets vorhanden sein.

Nr. 3. 3. Das ältere Recht stimmte überein (Art. 374, 375). Der Inhalt des älteren Pfandrechts bestimmt sich auch von dem 1. Januar 1900 ab nach altem Recht. Vgl. § 368 Nr. 9.

§ 399.

Aus den Forderungen, welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind, kann sich der Kommissionär für die im § 397 bezeichneten Ansprüche vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen.

Entw. I § 371, II § 391; Denkschr. I S. 240, II S. 3256; A. D. H.G.B. Art. 374 Abs. 2.

Nr. 1. 1. Nach § 392 Abs. 2 gelten die Forderungen, die der Kommissionär aus dem Ausrichtungsgeschäft gegen den Dritten erworben hat, zwar im Verhältniß zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten; aber auf den Kommittenten selbst gehen sie erst mit der Abtretung über, sie sind bis zur Abtretung juristisch doch immer Forderungen des Kommissionärs. Geräth also der Kommittent in Konkurs, so hat zwar die Konkursmasse gegen den Kommissionär einen Anspruch auf Abtretung der Forderung, aber die Forderung des Kommissionärs aus dem Ausrichtungsgeschäft gehört noch nicht zur Konkursmasse, sie ist noch nicht Bestandtheil des Vermögens des Kommittenten. Schon aus diesem Grunde ist ein Pfandrecht des Kommissionärs an der Forderung ausgeschlossen, es ist vor der Abtretung noch seine Forderung; aber auch nach der Abtretung wäre das Pfandrecht des § 397 nicht anwendbar, da es sich nur auf körperliche Sachen und Werthpapiere bezieht.

Nr. 2. § 399 gewährt nun dem Kommissionär das Recht, sich für die im § 397 bezeichneten Ansprüche, also sowohl für die Ansprüche aus diesem Kommissionsgeschäft als für die Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften, aus den Forderungen, die durch das Ausrichtungsgeschäft begründet sind, vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern zu befriedigen. Der Kommissionär ist also nicht verpflichtet, solange ihm die in § 397 bezeichneten Ansprüche zustehen, die Forderungen aus dem Ausrichtungsgeschäft dem Kommittenten oder dessen Konkursmasse abzutreten, er kann dem Anspruch auf Abtretung den Einwand, daß er für jene Ansprüche nicht befriedigt sei, entgegensetzen. Geräth er in Konkurs, so kann dem Aussonderungsanspruch des Kommittenten (siehe bei § 392 Nr. 4) das Retentionsrecht aus § 399 entgegengehalten werden.

Digitized by Google

Zieht der Kommissionär die Forderung ein, so kann er vom Gelderlöse das abziehen, was ihm aus § 397 zusteht und braucht nur den Rest dem Kommittenten herauszugeben; ist Gegenstand der Forderung Kommissionsgut im Sinne von § 397, wie beim Einkaufskommissionär, so gelangt er mit der Einziehung zunächst in die Lage des § 398, sobald das Eigenthum am Kommissionsgut aber auf den Kommittenten übergegangen ist, in die Lage des § 397. Das ihm durch § 399 gewährte Befriedigungsrecht aus den Forderungen steht ihm nicht nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften zu; die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen (B.G.B. § 1279 ff.) finden hier keine Anwendung. Vielmehr will das Gesetz ihm ein Doppeltes gewähren: das Recht, die Abtretung der Forderung an den Kommittenten zu verweigern, und das Recht, sich vorzugsweise aus dem Leistungsgegenstand der Forderung nach deren Einziehung zu befriedigen und zwar nach Maßgabe seiner allgemeinen Stellung als Kommissionär, also bei Geld im Wege der Aufrechnung, bei Waaren oder Werthpapieren nach Maßgabe der §§ 397, 398. Nr. 3.

Sobald der Kommissionär einmal die Abtretung der Forderung an den Kommittenten vorgenommen hat, hat er keine weiteren Rechte an der Forderung. Nr. 4.

Das alte Recht (Art. 374 Abs. 2) stimmt überein. Nr. 5.

§ 400.

Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Werthpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt.

Im Falle einer solchen Ausführung der Kommission beschränkt sich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufes oder Verkaufs abzulegen, auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat.

Ist bei einer Kommission, die während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, die Ausführungsanzeige erst nach dem Schlusse der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so darf der berechnete Preis für den Kommittenten nicht ungünstiger sein als der Preis, der am Schlusse der Börse oder des Marktes bestand.

Bei einer Kommission, die zu einem bestimmten Kurse (erster Kurs, Mittelkurs, letzter Kurs) ausgeführt werden soll, ist der Kommissionär ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige berechtigt und verpflichtet, diesen Kurs dem Kommittenten in Rechnung zu stellen.

Bei Werthpapieren und Waaren, für welche der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann der Kommissionär im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt dem Kommittenten keinen ungünstigeren Preis als den amtlich festgestellten in Rechnung stellen.

Digitized by Google

Entw. I §§ 374, 377, II § 392; Denkschr. I S. 242, II S. 3256. Begründung zum Entw. des Börsengesetzes § 68; A. D. H.G.B. Art. 376, Reichsbörsengesetz (alte Fassung) § 71.

Litteratur: Die Ausführungen der älteren Autoren (vor Erlaß des Reichsbörsengesetzes) sind mit Vorsicht zu gebrauchen. Zu nennen sind namentlich Grünhut S. 452 ff. und in Endemanns Hdb. III S. 251 ff.; v. Hahn zu Art. 376 ff. und in Z. XXIX S. 1 ff.; Lepa, Selbsteintritt S. 45 ff.; Schreiber, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs 1896 (Diss.); Abraham, Ueber den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten 1884 Diss.; Schaps, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs 1887 Diss. — Seit Erlaß des Reichsbörsengesetzes: Kahn, Commentar zum Reichsbörsengesetz § 70 ff.; Cosack S. 232 ff.; Breit, das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs 1899. Volkswirthschaftlich von Werth Eschenbach in Z. XLI S. 1 ff.; A. Endemann, Das moderne Börsenkommissionsgeschäft im Effektenverkehr Diss. 1895. Vgl. ferner den Bericht der Börsen-Enquete-Kommission 1893.

Nr. 1. Mit § 400 beginnt die Regelung des **Selbsteintrittsrechts** des Kommissionärs, die den ganzen Rest des Abschnittes — von § 406 abgesehen — ausfüllt.

Die Bestimmungen des neuen H.G.B. sind zum größten Theile dem Reichsbörsengesetz entlehnt, das in den §§ 71—74 an Stelle des Art. 376 des alten Handelsgesetzbuches eingehende, auf die Vorschläge der Börsenenquetekommission zurückführende Vorschriften über die Voraussetzungen und die Ausübung des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs traf. Sie sind meist nur redaktionell geändert, vornehmlich, um in der Rechtsterminologie die Uebereinstimmung mit dem B.G.B. herbeizuführen. Sachlich neu ist der § 404. § 405 Abs. 3 geht auf Art. 377 des alten H.G.B. zurück. Die §§ 70—74 des Reichsbörsengesetzes sind durch das neue H.G.B. in Wegfall gekommen (Art. 14 E.H.G.B. Nr. VI).

Nr. 2. I. **Begriff** des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs.

Das Selbsteintrittsrecht ist das Recht des Kommissionärs, in das Geschäft, dessen Ausführung den Gegenstand der Kommission bilden soll, selbst als Kontrahent einzutreten, sodaß er diejenigen Rechte und Pflichten erhält, die der Drittkontrahent bei Ausführung der Kommission durch Abschluß des Geschäfts erhalten haben würde. Die Zahl der in Betracht kommenden Personen verringert sich bei Ausübung des Selbsteintrittsrechts. Die normale Ausführung der Kommission verlangt drei Personen, den Kommittenten, den Kommissionär und den Dritten; durch den Selbsteintritt fällt der Dritte fort. Nur der Kommissionär und der Kommittent bleiben übrig. Die normale Kommission wird in drei rechtsgeschäftlichen Hergängen durchgeführt: Abschluß des Kommissionsvertrages zwischen Kommittent und Kommissionär, Abschluß des Ausrichtungsgeschäfts zwischen Kommissionär und Drittkontrahenten, Ueberführung des Resultates des Ausrichtungsgeschäfts an den Kommittenten, insbesondere Uebertragung des Eigenthums an dem Erhaltenen oder der Forderung aus dem Ausrichtungsgeschäft an den Kommittenten. Alle diese Hergänge sind Glieder der Kommissionsausführung, sie werden von Grundsätzen des Kommissionsgeschäfts beherrscht. Bei Ausübung des Selbsteintrittsrechts tritt eine Spaltung in zwei wesentlich verschiedene Bestandtheile ein: einerseits den Abschluß des Kommissionsvertrages und die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt, andererseits die durch den Selbsteintritt erzeugten rechtlichen Beziehungen zwischen Kommissionär und Kommittent. Jene sind kommissionsgeschäftlicher, diese eigengeschäftlicher Art. Zum Kommissionsgeschäft tritt ein Eigengeschäft hinzu, und zwar ein wahrhaftes, nicht bloß formelles Eigengeschäft; der Kommissionär handelt nicht bloß in eigenem Namen, sondern auch für eigene Rechnung. — Die normale Kommission bringt eine Scheidung interner Verhältnisse (zwischen Kommittent und Kommissionär) und externer Verhältnisse (zwischen Kommissionär und Dritten) mit sich; bei Ausübung des Selbsteintrittsrechts sind es stets nur Kommittent und Kommissionär, die im Verhältniß zu einander in Betracht kommen. Die Frage, ob auch hier eine Scheidung zwischen interner und externer Seite möglich ist, ist jedenfalls nicht unbedingt zu bejahen; soviel steht fest, daß das interne Verhältniß überwiegt, da auch bei Annahme verschiedener rechtlicher Eigenschaften des Kommissionärs nicht vergessen werden darf, daß es stets die Person des Kommissionärs ist, die gegenüber dem Kommittenten Rechte erwirbt und Pflichten übernimmt.

Nr. 3. Die rechtliche Struktur des Selbsteintritts ist eine sehr bestrittene. Der Begriffsbestimmung der Kommissionärthätigkeit in §§ 383, 406 steht der Selbsteintritt feindlich gegenüber. Soll das Kennzeichnende darin bestehen, daß der Kommissionär

Digitized by Google

für fremde Rechnung in eigenem Namen aufzutreten übernimmt, so tritt er in Folge des Selbsteintritts in eigenem Namen und für eigene Rechnung auf. Was er übernahm, führt er nicht aus, er begann als Kommissionär und endet als Eigenhändler. Freilich hat Grünhut dies geleugnet. Auch der selbsteintretende Kommissionär fungire als Kommissionär und nur als solcher; indem er selbst eintrete, schlösse er als Kommissionär das Ausrichtungsgeschäft ab in eigenem Namen und für Rechnung des Kommittenten, aber nicht mit einem Dritten, sondern mit sich selbst als Gegenkontrahenten. Er vereinige somit zwei Eigenschaften in sich, die des Kommissionärs und die des Drittkontrahenten. Als Einkaufskommissionär kaufe er von sich als Verkäufer, als Verkaufskommissionär verkaufe er an sich als Käufer (S. 480). Allein mit Recht ist entgegengehalten worden, daß Niemand in eigenem Namen mit sich selbst einen Vertrag schließen könne (v. Hahn in Z. XXIX S. 3). Wollte man aber selbst weitergehen und den Kommissionär als Stellvertreter des Kommittenten mit sich als Selbstkontrahenten einen Vertrag schließen lassen, so würde B.G.B. § 181 entgegenstehen, denn es handelt sich nicht um ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern um Geltendmachung eines bloßen Rechtes des Kommissionärs und es wäre eine Fiktion anzunehmen, daß der Kommittent dem Kommissionär den Abschluß mit sich selbst gestattet hat. Der Kommittent kann geradezu das Gegentheil gewollt haben, hat er seinen Willen nicht zu erkennen gegeben, so macht dennoch der Kommissionär nach § 400 Abs. 1 von seinem Eintrittsrecht Gebrauch.

In Theorie und Praxis wird denn auch allgemein daran festgehalten, daß durch den Selbsteintritt der Kommissionär die neue Eigenschaft des Selbstkontrahenten und zwar unmittelbar gegenüber dem Kommittenten erhalte. Die Bestrebungen gingen dann dahin, den unleugbaren Widerstreit zwischen Kommissionsgeschäft und Selbsteintritt theoretisch auszugleichen. Nach den Einen soll der Kommissionär die alternative Obligation übernommen haben, entweder mit einem Dritten zu kontrahiren oder selbst als Kontrahent aufzutreten (Anschütz-Völderndorff III S. 386, Seuffert XXIV Nr. 68, O.L.G. Hamb. in Z. XXXVI S. 267). Allein von einer alternativen Obligation im Sinne von B.G.B. § 262 ist hier keine Rede. Die Verpflichtung des Kommissionärs erstreckt sich allein auf Abschluß des Geschäftes mit einem Dritten, er hat lediglich das Recht, selbst einzutreten (Breit S. 51). Auch von facultas alternativa des Kommissionärs läßt sich nicht wohl reden, denn es handelt sich nicht darum, daß der Schuldner statt des eigentlichen Schuldobjekts ein anderes Objekt anbieten und leisten (Endemann, Lehrb. § 118 Anm. 1), sondern daß er eine andere rechtliche Rolle übernehmen, als Selbstkontrahent statt als Kommissionär auftreten darf (Lepa S. 221).

Andere erblicken in der Kommission diesenfalls zugleich eine Offerte zum Abschluß eines Eigengeschäfts gerichtet an den Kommissionär (Lepa S. 262 ff., R.O.H.G. VIII S. 96, XII S. 187, XIX S. 55, XVII S. 328). Allein abgesehen davon, daß die Grundsätze über die Offerte hier nicht gut anwendbar sind (vgl. § 405 Abs. 3), ist es eine reine Fiktion anzunehmen, daß der Kommittent stets eine solche Offerte ertheilen wollte, das Gesetz erblickt offenbar in dem Selbsteintritt die Ausführung einer Kommission und nichts weiter, wie § 400 Abs. 1 deutlich ersehen läßt (vgl. R.G.E. I S. 289, IV S. 94). Der gleiche Einwand läßt sich gegen die Aufstellung erheben, wonach zwei bedingte Verträge geschlossen seien, einmal ein resolutiv bedingtes Kommissionsgeschäft, sodann ein suspensiv bedingtes Eigengeschäft (Abraham a. a. O. S. 21 ff.); die Bedingung bestehe im Selbsteintritt des Kommissionärs, damit höre das Kommissionsgeschäft auf, und es trete an seine Stelle das Eigengeschäft. Zudem ist das Kommissionsgeschäft gar nicht bedingt eingegangen, es bleibt trotz des Selbsteintritts bestehen und äußert nachher seine Wirkungen, der Kommissionär hört mit dem Selbsteintritt gar nicht auf, Kommissionär zu sein.

Eine weit gesündere Auffassung tritt in den Deduktionen v. Hahns entgegen. Mit Recht hebt er hervor (Art. 376 Anm. 6), daß es sich hier nicht um einen Auslegungssatz, sondern um eine dispositive Rechtsnorm handelt, das Recht des Kommissionärs führt nicht auf eine Willenserklärung des Kommittenten, sondern auf das Gesetz zurück. Was der Kommittent gewollt hat, ist ganz gleichgültig. Hat er die Kommission ertheilt und den Selbsteintritt nicht verboten, so steht dem Kommissionär das Recht zu, als Käufer beziehungsweise Verkäufer aufzutreten. Macht er von dem Recht Gebrauch, so ist er aber Selbstkontrahent und der Kommissionär muß ihn als solchen gelten lassen. Streng genommen kommt also nicht ein Kaufvertrag zwischen Kommittent und Kommissionär zu Stande (so auch Sieveking in Z. XLIV S. 8), denn es bedarf weder der Offerte noch des Acceptes, sondern ein nach den Grundsätzen vom Kaufvertrage

Digitized by Google

zu beurtheilendes Schuldverhältniß, welches der Kommissionär durch einseitigen Akt (Salman in Z. XLI S. 379) ins Leben ruft, er hört damit aber nicht auf, Kommissionär zu sein.

Nr. 4. II. **Voraussetzungen.** Der Selbsteintritt ist dem Kommissionär nicht bei jeder Kommission, sondern nur bei der Einkaufs- und Verkaufskommission gestattet (über den Spediteur bei § 412); diese Beschränkung läßt sich aus dem neuen H.G.B. freilich nicht so klar entnehmen, als aus Art. 376 des alten H.G.B. Denn da das Gesetz in den §§ 383—405 überhaupt nur von der Einkaufs- und Verkaufskommission handelt und dann in § 406 „die Vorschriften dieses Abschnittes" auf andere Kommissionen ausdehnt, so wäre an sich die Uebertragung auch der Grundsätze der §§ 400 ff. auf andere Kommissionen gerechtfertigt. Aber die spezielle Hervorhebung des § 400, daß „die Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf" durch Selbsteintritt ausgeführt werden kann, kann nicht anders gedeutet werden, als daß nur in diesen Fällen der Selbsteintritt gestattet sei. Dafür spricht ferner der Ursprung dieser Bestimmungen, die auf den Art. 376 zurückgehen und denselben nur in Einzelheiten abändern. Wie aber zweifellos bei Berathung des A. D. H.G.B. die Beschränkung auf jene beiden Kommissionen gewollt war (Prot. S. 732—734, 1210—1212, vgl. R.O.H.G XII S. 182 ff.), so läßt sich kein Grund absehen, aus dem das neue H.G.B. ein Anderes bestimmen sollte. Die besondere Hervorhebung des Selbsteintrittsrechts beim Spediteur (§ 412) zeigt auch deutlich, daß das Gesetzbuch der generellen Statuirung abhold ist.[1])

Nr. 5. Aber auch nicht bei jeder Einkaufs- und Verkaufskommission, sondern nur bei solcher, die zum Gegenstand hat Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, und Werthpapiere,[2]) bei denen ein Börsen- (oder Marktpreis)[3]) amtlich festgestellt wird, ist der Selbsteintritt gestattet. Darnach ist bei Waaren im weiteren Umfange als bei Werthpapieren das Eintrittsrecht zugelassen. Bei jenen genügt Börsen- oder Marktgängigkeit, gleichgültig, ob öffentliche Notirung erfolgt oder nicht, bei diesen bedarf es amtlicher Feststellung (nichtamtliche Notirung genügt nicht[4]). Diese Erfordernisse müssen vorhanden sein an dem Ort, den der Kommissionär angegeben hat, in Ermangelung solcher Angabe am Ort der Handelsniederlassung des Kommissionärs (Breit S. 68 ff.). Sie müssen vorhanden sein zur Zeit der Absendung der Ausführungsanzeige. Ist die sonst marktgängige Waare zu dieser Zeit nicht marktgängig, so ist der Selbsteintritt ausgeschlossen (R.G.E. XXXIV S. 119), ebenso wenn die amtliche Feststellung des Werthpapieres zu dieser Zeit verweigert wird (Kahn S. 230, 231). Sie muß auch marktgängig sein für die betreffende Art von Geschäften. Handelt es sich um Zeitgeschäfte, so genügt nicht Preisnotirung für Kassageschäfte (R.G.E. XXXIV S. 122). — Hinsichtlich des Beweises der Marktgängigkeit vgl. bei § 380 Nr. 5. — Fehlt es an dem Erforderniß der Markt- und Börsengängigkeit, so ist der Selbsteintritt nicht gestattet, eine analoge Anwendung auf andere Kaufkommissionen ist schlechthin unzulässig (R.O.H.G. XII S. 182 ff.). Der Kommittent kann die Kommission unter allen Umständen, auch wenn er vom Selbsteintritt Vortheil hätte, als nicht ausgeführt betrachten und Schadensersatz wegen der Vertragswidrigkeit begehren. Er kann aber auch die ihm vom Kommissionär gestellte Offerte auf Abschluß des Kaufvertrages acceptiren und den Kaufvertrag an die Stelle des Kommissionsgeschäfts setzen (R.O.H.G. XII S. 189). Ja es ist sogar möglich, daß er den Vorschlag des Kommissionärs, den Selbsteintritt als Ausführung der Kommission anzuerkennen, annimmt und somit diesem den Anspruch auf die Provision zugesteht; doch müßte dies aus der Sachlage hervorgehen.

Nr. 6. Weitere Voraussetzung ist, daß der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat. Der Kommittent kann ein Anderes bestimmen, d. h. den Selbsteintritt ganz untersagen, oder von gewissen Voraussetzungen abhängig machen, nicht bloß bei Ertheilung

---

[1]) Als Kaufgeschäft würde auch das Differenzgeschäft unter den Voraussetzungen des Reichsbörsengesetzes § 69 gelten (vgl. § 376 Nr. 102); nicht dagegen gehört die Umtauschkommission trotz B.G.B. § 515 hierher.

[2]) Zu ihnen gehören selbstverständlich auch Wechsel. Siehe oben § 1 Nr. 49. Das Börsengesetz § 80 hatte dies besonders ausgesprochen.

[3]) Diese Worte sind, wie Kahn S. 224 bemerkt, bei Werthpapieren überflüssig, da hier nur von einem Börsenpreis gesprochen werden kann.

[4]) Die Begünstigung der Waaren erfolgte mit Rücksicht auf den Handel mit dem Auslande. Vgl. Begründung zu § 68 des Börsengesetzes. Dabei ist es für Waaren gleichgültig, ob der Bundesrath nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 des Börsengesetzes die amtliche Feststellung des Börsenpreises angeordnet hat oder nicht (Breit S. 64).

Digitized by Google

der Kommission, sondern auch nachträglich, so lange der Kommissionär nicht die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben hat (§ 400 Abs. 2); denn so gut er die Kommission widerrufen kann, so gut kann er den Inhalt ändern, ein unentziehbares Recht auf den Selbsteintritt hat der Kommissionär durch das Kommissionsgeschäft nicht erworben. Die anderweite Bestimmung braucht der Kommissionär nicht mit ausdrücklichen Worten zu treffen, es genügt jede erkennbare Willenserklärung (Seuffert XXIV Nr. 265). Es kann schon aus der Natur des aufgetragenen Geschäfts folgen, daß Selbsteintritt ausgeschlossen sein sollte, z. B. wenn ersichtlich ist, daß das kommittirte Geschäft abgeschlossen werden soll, um auf den Kurs einzuwirken, und dieser Zweck durch den Selbsteintritt vereitelt würde (v. Hahn, Art. 376 § 9, siehe aber Breit S. 81); eine Vermuthung dafür, daß dies geschehen sollte, besteht nicht. Eine erkennbare Willenserklärung liegt aber noch nicht in dem Auftrag zum Abschluß von Differenzgeschäften, wie das R.O.H.G. XI S. 43 annimmt. Hier liegt der Fall vielmehr entweder so, daß überhaupt kein Kaufgeschäft vorliegt (B.G.B. § 764), oder so, daß der Einwand des Differenzgeschäfts untersagt ist (unter den Voraussetzungen des Reichsbörsengesetzes § 69). Letzterenfalls ist kein Grund einzusehen, warum der Kommissionär nicht selbst eintreten sollte (so mit Recht Lepa S. 51—53). Ebensowenig liegt eine solche in dem Setzen eines Limitos seitens des Kommittenten, vielmehr ist solchenfalls der Kommissionär nur in den Modalitäten des Eintritts beschränkt, er soll nicht über dem Limito als Verkäufer, unter dem Limito als Käufer auftreten (R.O.H.G. VIII S. 96, XII S. 188, XXIII S. 103, Seuffert XXI Nr. 149), auch die Uebernahme des Delkredere seitens des Kommissionärs hindert den Selbsteintritt nicht (R.O.H.G. XIX S. 55), desgl. nicht die Anweisung des Kommittenten, daß das aufgetragene Geschäft an einem anderen Orte als dem Wohnorte des Kommissionärs ausgeführt werden solle (Breit S. 79, Bolze V Nr. 576b); hier liegt nur eine Art der Limitirung des Kaufpreises vor. Ebensowenig würde der Umstand, daß der Kommissionär den Kommittenten veranlaßte, die Kommission zu ertheilen, im Wege stehen, wie Lepa S. 52 annimmt, denn möglicherweise kann der Kommissionär, der selbst eintritt, für fremde Rechnung handeln (Bolze III Nr. 622, R.G.E. XIX S. 100) und dabei die Interessen des Kommittenten wohl wahrnehmen. Endlich kann auch die Thatsache, daß der Kommittent dem freien Ermessen des Kommissionärs die Realisirung überlassen hat, also „völlige Unparteilichkeit" von ihm verlangt, nicht im Wege stehen (so L.G. Frankfurt in Z. XLIV S. 243), denn der Kommissionär ist unter allen Umständen verpflichtet, für die Interessen des Kommittenten zu sorgen (R.G.E. VI S. 51, vgl. auch Bolze IX Nr. 328). Daß der Kommittent ein Anderes bestimmt hat, hat der Kommittent zu beweisen (a. A. Breit S. 76).

Dagegen ist nicht Voraussetzung, daß es sich um ein glattes Geschäft handelt, Nr. 7.
auch bedingte, befristete oder sonst modalisirte (z. B. hinsichtlich des Ortes der Ausführung) Geschäfte können durch Selbsteintritt ausgeführt werden, sofern der Kommissionär die aufgetragenen Modalitäten innehält (R.O.H.G. XXII S. 237, 238, vgl. Bolze V Nr. 576b). Der Kommissionär braucht auch nicht im Besitz der Waare zu sein, die er als Verkäufer liefern will, denn er erklärt nur, er werde liefern. Sowenig die Rechtsgültigkeit eines Kaufvertrages davon abhängt, daß der Verkäufer den Kaufgegenstand zur Zeit des Vertragsabschlusses in seinem Besitz hat, so wenig hängt die Rechtsgültigkeit seines Eintritts als Selbstverkäufer davon ab, daß er die Waare besitzt (R.O.H.G. XX S. 327).

Wohl aber ist Voraussetzung, daß der Kommissionär bei der Anzeige der Nr. 8.
Ausführung ausdrücklich bemerkt, er wolle selbst eintreten. Unterläßt er dies, so steht ihm das Selbsteintrittsrecht nicht zu (darüber bei § 405 Nr. 2, 3). Erklärt gar der Kommissionär, er habe das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen oder er verzichte auf Selbsteintritt, so hat er sein Recht zum Selbsteintritt aufgegeben (R.O.H.G. XX S. 328, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 267), doch würde ihm unbenommen bleiben, den Verzicht wegen Irrthums nach Maßgabe allgemeiner civilistischer Grundsätze anzufechten (R.G.E. VI S. 54) und damit das Eintrittsrecht wieder zu erlangen.

Der Kommissionär kann endlich nur für das ganze Geschäft eintreten, nicht für Nr. 9.
einen Theil desselben; das Gesetz gestattet ihm das Selbsteintrittsrecht nur mit Bezug auf „das Gut", d. h. das ganze Kommissionsgut. Er kann auch nur hinsichtlich des ihm aufgetragenen Geschäfts eintreten; weicht er beim Selbsteintritt von den Weisungen des Kommittenten ab, so braucht der Kommittent das Geschäft nicht gelten zu lassen (vgl. § 385 Nr. 4). Würde er das Limito überschreiten, so würde § 386 zur Anwendung gelangen, vorbehaltlich der Bestimmungen des § 400 Abs. 2—5.

Digitized by Google

Nr. 10. Liegen die obigen Voraussetzungen nicht vor, so hat der Kommissionär nicht das Eintrittsrecht. Erklärt er dennoch, eintreten zu wollen, so kann der Kommittent das Geschäft nach § 384 ablehnen, er kann aber auch die Offerte zum Eigengeschäft annehmen, vorbehaltlich seines Schadensersatzanspruches. Liegen sie dagegen vor, so hat der Kommissionär das Eintrittsrecht auch dann, wenn die reguläre Abwickelung durch Abschluß mit einem Dritten für den Kommittenten sicherer wäre, z. B. weil der Verkaufskommissionär in schlechten Vermögensverhältnissen ist (vgl. Breit S. 88).

Nr. 11. III. **Ausübung des Selbsteintrittsrechtes.** Die Vollziehung des Selbsteintritts geschieht durch die Erklärung des Kommissionärs, daß er die Kommission dadurch ausführe, daß er selbst eintrete (vgl. Breit S. 97). Diese Erklärung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, sie muß deshalb dem Kommittenten zugegangen sein. Bis sie ihm zugegangen ist, ist sie widerruflich (B.G.B. § 130). Es genügt somit nicht, daß der Kommissionär thatsächlich „in sich ausführt", ebensowenig, daß er die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben hat — wenngleich auf den Zeitpunkt der Abgabe zur Absendung eine Reihe von Rechtswirkungen datirt wird —, sondern die Ausführungsanzeige muß an den Kommittenten gelangt sein, um den Selbsteintritt zu einem für den Kommissionär unwiderruflichen zu machen. Umgekehrt aber genügt die Abgabe der Ausführungsanzeige behufs Absendung, um das Recht des Selbsteintritts dem Kommissionär zu sichern, der Kommittent kann es ihm nachträglich nicht rauben (§ 405 Abs. 3). Ist die Ausführungsanzeige an den Kommittenten gelangt, so wird der Selbsteintritt zurückdatirt auf den Moment der Abgabe behufs Absendung.

Nr. 12. Die Erklärung des Kommissionärs muß sich ausdrücklich auf die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt richten; die allgemeine Ausführungsanzeige, ohne Angabe, ob durch Abschluß mit einem Dritten oder „in sich selbst" ausgeführt sei, gilt als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten (§ 405 Abs. 1). Nicht genügend sind auch Erklärungen wie „ich kaufte für Sie", „ich kaufte für Ihre Rechnung" u. dgl. Denn sie lassen zweifelhaft, ob der Kommissionär selbst eingetreten sei (anders nach älterem Recht), auch nicht genügend die Anzeige der Delkredereübernahme (vgl. § 405 Abs. 1).

Nr. 13. Die Erklärung muß ferner in der Ausführungsanzeige enthalten sein, d. h. es ist nicht gerade nothwendig, daß sie in derselben Urkunde, wie die Ausführungsanzeige, enthalten ist, aber sie muß gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige an den Kommittenten gelangen. Sie kann also auch später abgeschickt sein, wenn sie nur gleichzeitig anlangt. Ein nachträgliche Erklärung des Selbsteintritts genügt nicht. Kann sie vor der Ausführungsanzeige gegeben sein? Manche Banken erklären in ihren Geschäftsbedingungen, daß sie stets als Selbstkontrahenten eintreten, und verpflichten ihre Auftraggeber, auf die Abgabe der ausdrücklichen Eintrittserklärung in der Ausführungsanzeige zu verzichten (vgl. Breit S. 101). Hier liegt in der Uebernahme der Kommission durch die Bank noch nicht die Eintrittserklärung der Bank, sondern nur die Erklärung, die Bank werde selbst eintreten, falls sie die Kommission ausführen sollte. Sobald die Bank dann die Ausführungsanzeige absendet, giebt sie damit die Eintrittserklärung ab; hier würde die Ausführungsanzeige also die ausdrückliche Selbsteintrittserklärung nicht zu enthalten brauchen (vgl. Begründung zu § 71 des Börsengesetzes).

Nr. 14. Ist die Erklärung auch noch zulässig, nachdem der Kommissionär die Kommission durch Abschluß mit einem Dritten regulär ausgeführt hat? Streng genommen nicht, doch dürfte aus § 401 Abs. 2 das Gegentheil folgen, indem die Worte „aus Anlaß der ertheilten Kommission" auch diesen Fall mitumfassen. In gleichem Sinne auch Cosack S. 233 und Breit S. 113 ff.

Nr. 15. Im Uebrigen kann die Erklärung mündlich oder schriftlich erfolgen, immer aber muß sie ausdrücklich erfolgen, also konkludente Handlungen sind nicht ausreichend, z. B. genügt nicht die bloße Absendung der Waare.

Nr. 16. Wann sie zu erfolgen hat, bestimmt das Gesetz nicht. Hierüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze, insbesondere des § 384 Abs. 2. Demnach wird es vom Sinne des Vertrages abhängen, wann die Kommission auszuführen ist. Ist sofortige Ausführung geboten, so ist der Selbsteintritt sofort vorzunehmen. Ist es dem pflichtgemäßen Ermessen des Kommissionärs überlassen, den günstigsten Zeitpunkt für die Ausführung zu wählen, so hat der Selbsteintritt an dem Zeitpunkt zu erfolgen, der für den Kommittenten als der günstigste erscheint. Abweichung hiervon würde Schadensersatzpflicht des Kommissionärs und unter den Voraussetzungen des § 385 das Recht zur Ablehnung des Selbsteintrittsrechts für den Kommittenten begründen.

Digitized by Google

IV. **Wirkungen des Selbsteintritts.** Durch den Selbsteintritt verliert der Kommissionär nicht seine Eigenschaft als Kommissionär. Dies gilt jedenfalls für alle Handlungen, die er vor dem Selbsteintritt vornahm. Was er bis dahin als Kommissionär gethan, bewahrt seinen Charakter; seine Rechte und seine Pflichten als Kommissionär aus den dem Selbsteintritt voraufgegangenen Verhältnissen bleiben bei Bestand (R.G.E. XIX S. 100, Bericht der Börsenenquetekommission S. 173). Gerechtfertigte Aufwendungen, die er gemacht hatte, kann er ersetzt verlangen, für den Schaden, den er dem Kommittenten durch schuldhaftes Verhalten, z. B. (bei der Einkaufskommission) durch schuldhafte Unterlassung der Wahrung der Rechte gegen Frachtführer oder Schiffer, zugefügt hatte, muß er aufkommen. Ueberhaupt kann ihn der Kommittent wegen jedes Verschuldens in der Ausführung der Kommission auf Schadensersatz belangen, ja bei Abweichungen von Weisungen kann er den Selbsteintritt ganz ablehnen. Dahin gehört z. B. der Anspruch des Kommittenten auf Schadensersatz wegen vorher nachlässig ertheilten Rathes, sofern der Rath als integrirender Theil des Kommissionsgeschäftes erscheint (R.G.E. XIX S. 100, 101; XXVII S. 123, O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 525). Nr. 17.

Aber auch für die Zukunft büßt der Kommissionär nicht den Charakter als Kommissionär völlig ein. Denn indem das Gesetz in dem Selbsteintritt eine Ausführung der Kommission erblickt, erkennt es ausdrücklich an, daß der selbsteintretende Kommissionär nicht aufhört, Kommissionär zu sein, daß er vielmehr gerade die Kommission durchführt, daß ihm folglich alle Pflichten und Rechte, die nach und auf Grund der Durchführung der Kommission dem Kommissionär obliegen, beziehungsweise zustehen, gleichfalls obliegen und zustehen, soweit sie nicht mit dem Kaufverhältniß in Widerspruch stehen (R.O.H.G. VI S. 190). Wie dem Kommissionär die Pflicht obliegt, über das Geschäft Rechenschaft abzulegen, so liegt die Rechenschaftspflicht dem selbsteintretenden Kommissionär ob (Abs. 2), wie der Kommissionär nach Ausführung des Geschäftes Provision fordern darf, so darf er es auch hier (§ 404), ja sogar das Pfandrecht des Kommissionärs kommt hier zur Anwendung (§ 403). Nur die Art der Berechnung des Preises ist hier eigenthümlich gestaltet, um den Kommittenten gegen Ausbeutung durch den Kommissionär zu schützen. Nr. 18.

Andererseits erwirbt mit dem vollzogenen Selbsteintritt der Kommissionär die Stellung eines Gegenkontrahenten, er wird Käufer bei der Verkaufs-, Verkäufer bei der Einkaufskommission. Ein wirklicher Kaufvertrag wird, wie bemerkt ist (oben Nr. 3), nicht abgeschlossen, es ist die einseitige Erklärung des Kommissionärs, die den Rechtszustand hervorruft. Aber beide Theile werden nun so behandelt, als ob sie einen Kaufvertrag abgeschlossen hätten. Den Inhalt dieses Quasi-Kaufvertrages setzt das Gesetz in gewissen Beziehungen — nämlich mit Bezug auf die Preishöhe — fest; der Kommissionär kann davon nicht zum Nachtheil des Kommittenten abweichen, er muß mindestens zu dem Preise kaufen, darf höchstens zu dem Preise verkaufen, den das Gesetz aufstellt. Wohl aber kann er zum Vortheil des Kommittenten davon abweichen, darf also zu einem höheren Preise kaufen, zu einem niederen verkaufen. Ja es ist sogar ein vorher abgeschlossener Vertrag, der dem Kommissionär zum Nachtheil des Kommittenten eine freiere Stellung gewährt, unwirksam (§ 402). Im Uebrigen enthält das Gesetz über den Inhalt des Kaufverhältnisses keine weiteren Bestimmungen. Da das Kaufverhältniß als Ausführung der Kommission erscheint, muß es alle die Eigenschaften des kommittirten Geschäftes haben (R.G.E. X S. 90, vgl. R.G.E. I S. 292). Die Ansprüche beider Theile gegen einander richten sich nach den Bestimmungen vom Kaufvertrage, d. h. je nach Lage der Dinge nach dem B.G.B. oder dem H.G.B. Nr. 19.

Im Einzelnen ergiebt sich hinsichtlich des **Kaufverhältnisses** folgendes:

a) Durch den Selbsteintritt entsteht die Verpflichtung für den Einkaufskommissionär, Gut der aufgetragenen Menge, Art und und Qualität an den Kommittenten als Verkäufer zu liefern, für den Verkaufskommissionär, das Kommissionsgut dem Kommittenten als Käufer abzunehmen. Die Erfüllung dieser Verpflichtungen erfolgt nach den Grundsätzen vom Kaufgeschäft (Bolze IX Nr. 334), ist für beide Theile (den Kommittent und Kommissionär) nun das Geschäft ein Handelsgeschäft, nach den §§ 373 ff. des H.G.B. Somit würden die Haftung für Mängel und Entwehrung, die Folgen des Annahme- und Leistungsverzuges, sich einfach nach den Vorschriften über den Kaufvertrag richten (R.O.H.G. VI S. 191, R.G.E. XXV S. 72); insbesondere würden bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft §§ 377, 378 zur Anwendung gelangen (R.O.H.G. XXV S. 216). Tritt speziell der Verkaufskommissionär als Selbstkontrahent ein, nachdem ihm das Kommissionsgut überschickt ist, so fragt es sich, von welchem Moment ab seine Unter- Nr. 20.

Digitized by Google

suchungspflicht aus § 377 begonnen hatte. Der Zeitpunkt der „Ablieferung", den § 377 Abs. 1 hier aufstellt, läßt sich insofern nicht zur Anwendung bringen, als zur Zeit der Ablieferung der Kommissionär noch nicht Käufer ist. Darum nimmt v. Hahn an, daß ihm sofort nach der Absendung der den Selbsteintritt enthaltenden Ausführungsanzeige die Untersuchung obliege (in Z. XXIX S. 11, so auch Breit S. 179). Allein richtiger ist zu sagen, daß er, soweit er den Kommittenten dadurch nicht schädigt, zu untersuchen hat, bevor er eintritt. In seinem vorbehaltslosen Eintritt wird man also solchenfalls eine Genehmigung nach § 377 Abs. 2 zu erblicken haben.

Nr. 21. b) Erfüllungsort ist der Ort, der nach der ursprünglichen Intention bei gewöhnlicher Erledigung der Kommission durch Abschluß mit einem Dritten Erfüllungsort gewesen wäre, also bei Selbsteintritt des Verkaufskommissionärs nicht der Ort des Verkäufers-Kommittenten, sondern gewöhnlich der Ort der Handelsniederlassung des Kommissionärs, also der Ort des Käufers (R.G.E. X S. 90, XXIII S. 415, 416); dasselbe gilt für den Fall des Selbsteintritts des Einkaufskommissionärs.

Nr. 22. c) Der Preis bemißt sich nicht nach dem freien Belieben des selbsteintretenden Kommissionärs, sondern wird von objektiven Sätzen zwingenden Inhaltes seiner Minimalhöhe nach bestimmt. Darüber unten Nr. 27 ff.

Nr. 23. d) Der Eigenthums-, Besitz- und Gefahrsübergang an dem jetzigen Kaufgut bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, (anders mit Unrecht Jung in Z. XLVII S. 215 ff.). Tritt der im Besitz des Kommissionsgutes befindliche Verkaufskommissionär ein, so trägt er die Gefahr sofort (B.G.B. § 446). Doch finden die Bestimmungen des Bankdepotgesetzes § 7 auf den selbsteintretenden Einkaufskommissionär Anwendung. Siehe oben § 384 Nr. 33.

Nr. 24. e) Die Verjährung der Ansprüche auf Lieferung der Waare und Zahlung des Preises bestimmt sich nach den Grundsätzen über den Kauf (B.G.B. §§ 477, 196[1]). Anders hinsichtlich der Ansprüche auf Provision (so auch Staub § 400 Anm. 27 gegen R.O.H.G. XVII S. 327, das auch diesen Anspruch als Theil des Anspruches aus dem Kaufvertrage ansieht).

Nr. 25. f) Die Rechte und Pflichten aus dem Kaufverhältniß gehen bei Widerstreit mit denen aus dem Kommissionsverhältniß stets vor. So würde der Verkaufskommissionär, der als Käufer eintritt, und der es versäumt, nach § 377 zu rügen, sich nicht nachträglich auf eine Schuld des Kommittenten berufen können. Wohl aber würde der Kommittent auf das Kommissionsverhältniß noch insoweit zurückgreifen können, als nicht durch das Kaufverhältniß sein Rechtsverhältniß zum Kommissionär geordnet ist. Beanstandet z. B. der als Käufer eintretende Verkaufskommissionär das Kommissionsgut, das er in Verwahrung vorher hatte, so könnte der Verkäufer-Kommittent sich auf § 390 berufen (Breit S. 146). Ist der Anspruch des Käufer-Kommittenten gegen den Verkäufer-Kommissionär aus B.G.B. § 477 verjährt, so kann möglicherweise der Kommittent wegen eines vor dem Selbsteintritt liegenden schuldhaften Verhaltens des Kommissionärs, z. B. einer schuldhaften Empfehlung des Einkaufes solcher Waaren, den Kommissionär belangen (R.G.E. XIX S. 97 ff.).

Nr. 26. V. Insbesondere **Rechenschaftspflicht des Kommissionärs.** Wie bei der gewöhnlichen Kommissionsausführung hat der selbsteintretende Kommissionär die Pflicht, dem Kommittenten Rechenschaft abzulegen. Die Rechenschaftsablage besteht auch hier darin, daß er dem Kommittenten völlige Aufklärung über den Erfolg des Geschäfts verschafft, namentlich über die gehörige Ausführung der Kommission. Naturgemäß fallen aber hier die Angaben fort, die sich gerade aus der Vollziehung der Kommission durch Abschließung des Geschäfts mit einem Drittkontrahenten ergeben. Der Schwerpunkt der Rechenschaftsablegung, wenngleich sie sich nicht darin erschöpft, besteht darin, daß die Berechnung des Preises, zu dem der Kommissionär als Käufer oder Verkäufer eintritt, den Interessen des Kommittenten entspricht. In dieser Hinsicht stellt das Gesetz eingehende Vorschriften zwingenden Inhalts auf, die auch durch vorherige Parteivereinbarung nicht zum Nachtheil des Kommittenten geändert werden können. Die Ueberschreitung dieser Vorschriften hat zur Folge, daß der Kommittent zwar den Selbsteintritt des Kommissionärs nicht ablehnen, aber daß er Ergänzung der nach dem Gesetz ihm zukommenden Differenz verlangen kann (O.L.G. Hamb. in Z. XL S. 529). Der Fall liegt also parallel dem in § 386 Abs. 2 behandelten, nur daß der Kom-

[1]) Der Entw. I hatte dem selbsteintretenden Kommissionär die Rechte aus B.G.B. § 326 genommen (§ 377). In Entw. II ist dies gestrichen. Vgl. dazu Adler bei Holdheim VI S. 170.

Digitized by Google

missionär sich gefallen lassen muß, so behandelt zu werden, als ob er sich zur Deckung des Preisunterschiedes erboten habe. Wie das Gesetz den Kommittenten zwingt, den Selbsteintritt anzuerkennen, so zwingt es den Kommissionär, die Anrechnung des vom Gesetz aufgestellten Preises vorzunehmen. Begnügt sich freilich der Kommittent mit dem ihm berechneten ungünstigeren Preis, so ist dies seine Sache; er kann auf die ihm nach §§ 400, 401 zustehenden Rechte nachträglich verzichten. Nur muß er beim Verzicht in Klarheit über die Sachlage sein. Hatte er irrthümlich verzichtet, so kann er den Verzicht nach allgemeinen Grundsätzen anfechten. Auch würde ein Verzicht noch nicht darin zu erblicken sein, daß der Kommittent die spezifizirte Eintrittsanzeige des Kommissionärs widerspruchslos entgegennimmt. Denn der Kommittent erfährt möglicherweise erst nachträglich von Umständen, die ihm nach § 401 einen Anspruch auf günstigere Berechnung geben. Nimmt der Kommittent dagegen die als Erfüllung angebotene Leistung des Kommissionärs (also die Lieferung der Waare, beziehungsweise Zahlung des Preises) als Erfüllung an, so trifft ihn die Beweislast, wenn er sie nachträglich nicht als Erfüllung gelten lassen will (B.G.B. § 363).

Die vom Gesetz über die Preisberechnung aufgestellten Vorschriften enthalten Nr. 27.
§ 400 Abs. 2—5 und § 401. Das Verhältniß beider §§ zu einander ist das, daß § 400 die äußerste Grenze zieht für die Preisberechnung, über die hinaus der Kommissionär unter keinen Umständen zum Nachtheil des Kommittenten abweichen darf; die in § 400 dem Kommittenten gewährten Rechte sind also das Mindeste, was der Kommissionär leisten muß. Hiervon befreit den Kommissionär weder der Nachweis, daß er selbst Schaden erleide, noch der Nachweis, daß auch bei Ueberschreitung der Grenze der Kommittent noch Vortheil habe (z. B. daß der Kommissionär das Limito innegehalten oder gar vortheilhaft überschritten habe, vgl. R.O.H.G. XXIII S. 104). Dagegen erweitert § 401 die Rechte des Kommittenten. Liegen die Voraussetzungen des § 401 vor, so kann er eine günstigere Preisberechnung verlangen, als sie ihm nach § 400 gebühren würde. Hier handelt es sich zunächst um § 400 Abs. 2—5.

Nach § 400 Abs. 2 ist grundsätzlich der zur Zeit der Ausführung der Nr. 28.
Kommission durch Selbsteintritt bestehende Börsen- oder Marktpreis vom Kommissionär innezuhalten, der Kommissionär muß also nachweisen, daß der von ihm aufgestellte Preis beim Selbsteintritt als Käufer nicht niedriger, beim Selbsteintritt als Verkäufer nicht höher war, als jener Börsen- oder Marktpreis. Als Zeit der Ausführung gilt, mangels anderer Bestimmung, der Zeitpunkt, in dem die Ausführungsanzeige zur Absendung an den Kommittenten abgegeben ist.[1]) Während also die Selbsteintrittserklärung den Kommissionär unwiderruflich bindet erst mit dem Eingang beim Kommittenten (siehe oben Nr. 11), gilt schon der Zeitpunkt der Abgabe zur Absendung als Zeit der Ausführung, mit anderen Worten, es tritt nachträglich eine Rückbeziehung ein auf den Zeitpunkt der Abgabe zur Absendung (wie es ähnlich im A. D. H.G.B. Art. 321 der Fall war). Hätte der Kommissionär nach der Abgabe zur Absendung und vor dem Eingang beim Kommittenten die Anzeige zurückgenommen[2]) und späterhin durch eine neue Abgabe zur Absendung seinen Selbsteintritt erklärt, so könnte er sich nicht auf den Zeitpunkt der Absendungsabgabe der ersten, sondern nur auf den der Absendungsabgabe der folgenden Anzeige berufen. Es muß sich also um Absendungsabgabe derjenigen Anzeige handeln, auf Grund deren der Selbsteintritt perfekt wird. An Stelle der Absendungsabgabe tritt natürlich bei mündlicher Erklärung des Selbsteintritts der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung gegenüber dem Kommittenten oder dessen Bevollmächtigten. — Den Zeitpunkt der Abgabe behufs Absendung hat der Kommissionär zu beweisen. — Auf jenen Nachweis beschränkt sich unter normalen Umständen die Pflicht des Kommissionärs. Ergiebt sich, daß der so berechnete Preis unter dem gesetzten Limito ist und erbietet sich der Kommissionär zur Deckung der Differenz, so greift § 386 Abs. 2 Platz. Hatte der Kommittent dem Kommissionär für den Selbsteintritt sonstige Bedingungen vorgeschrieben, so muß der Kommissionär nachweisen, daß er die Bedingungen eingehalten (R.G.E. VI S. 52).

---

[1]) Das Gesetz sagt nicht „abgesendet ist", sondern „zur Absendung abgegeben ist". Zur Absendung abgegeben ist sie jedenfalls mit dem Hineinwerfen in den Briefkasten oder der Aufgabe des Telegramms bei der Telegraphenbehörde oder der Uebergabe an den Dienstmann oder Boten, der die Erklärung überbringen soll; aber auch die Fortschickung eigener Leute zum Hineinwerfen in den Briefkasten oder zur Aufgabe würde genügen (v. Hahn zu Art. 321 § 2), dagegen nicht das sich selbst in Bewegung setzen zu diesem Zweck.

[2]) z. B. den Boten zurückgerufen, den Brief sistirt u. s. w.

Digitized by Google

Nr. 29. Von diesem Grundsatz macht das Gesetz drei Ausnahmen:

a) Wäre die Ausführungsanzeige erst nach Schluß der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so müßte in Durchführung des obigen Grundsatzes derjenige Preis berechnet werden, der in dem fraglichen Moment der maßgebende war, folglich, wenn gar kein Kurs zu dieser Zeit bestand, müßte der Selbsteintritt ganz ausgeschlossen sein. Allein das Gesetz zieht letztere Konsequenz nicht und bestimmt, um der Kursschneiderei bei wechselnden Kursen vorzubeugen, daß, wenn die Kommission während der Börsen- oder Marktzeit ausgeführt werden sollte, was auch ohne ausdrückliche Order häufig aus der Natur der Kommission entnommen werden kann, daß der berechnete Preis für den Kommittenten nicht ungünstiger sein darf, als der Schlußmarktpreis, beziehungsweise Schlußkurs; d. h. ist der Marktpreis im fraglichen Moment höher, so ist der höhere, ist er niedriger, ist der Schlußmarktpreis zu berechnen.

b) Enthielt die Kommission die Weisung, zu einem bestimmten Kurs von mehreren am selben Börsentage notirten Kursen abzuschließen, so entscheidet nicht der Zeitpunkt der Abgabe der Absendung, sondern der Preis ist nach dem betr. Kurs zu berechnen (natürlich des maßgebenden Börsentages).

c) Erfolgt für das Objekt eine amtliche Feststellung — was bei Werthpapieren nach Abs. 1 stets Voraussetzung ist —, so darf nicht ein ungünstigerer Preis als der amtlich festgestellte in Rechnung gestellt werden. Diese Bestimmung ist selbstverständlich, vorausgesetzt, daß die amtliche Feststellung der Wahrheit entspricht. Entspricht sie nicht der Wahrheit, so wird jeder Theil das Recht haben, die Unrichtigkeit nachzuweisen (vgl. Breit S. 155). Ist nachweisbar, daß der Börsen- oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung günstiger war, so kann der Kommittent die entsprechende günstigere Berechnung verlangen. Sind mehrere Preise amtlich festgestellt, so ist der günstigste in Rechnung zu setzen (Kahn S. 230).

Nr. 30. VI. Auch in anderen Fällen als dem vom § 400 aufgestellten kann kraft besonderer Vereinbarung zwischen Kommittent und Kommissionär ein Selbsteintrittsrecht des letzteren begründet sein. Die rechtliche Struktur dieses Verhältnisses wäre nach Lage des Falls zu beurtheilen. Es kann sich um zwei bedingte Verträge, um eine mit der Kommission verbundene Offerte zum Eigengeschäft, um nachträgliche Aufhebung des Kommissionsvertrages und Abschluß eines Kaufgeschäftes handeln. Jedenfalls sind auf solchen Fall die Grundsätze des § 400 nicht unmittelbar anwendbar; doch ist möglich, daß nach der Absicht der Parteien die Berechnung des Kaufpreises in der von § 400 Abs. 2—4 vorgeschriebenen Art erfolgen soll (weitergehend Staub § 400 Anm. 5 und Breit S. 87).

Nr. 31. VII. Ueber das Selbsteintrittsrecht der als Kommissionär auftretenden Aktiengesellschaften bei § 226 Nr. 4, 7.

Nr. 32. VIII. Aelteres Recht. § 400 ist dem Reichsbörsengesetz § 71 Abs. 1—5 entnommen; Aenderungen sind nur stylistisch.

§ 401.

Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren als dem nach § 400 sich ergebenden Preise ausführen konnte, dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen.

Hat der Kommissionär vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlaß der ertheilten Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er dem Kommittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

Entw. I § 375, II § 393; Denkschr. I S. 242, II S. 3256. Begründung zum Entw. des Börsengesetzes § 69; Reichsbörsengesetz (alter Fassung) § 72 Abs. 1, 2.

Nr. 1. I. Während § 400 die niedrigste Grenze für die dem Kommittenten zustehenden Rechte zieht, enthält § 401 eine Ausdehnung der Rechte des Kommittenten bei Vorhandensein besonderer Voraussetzungen. Der Nachweis, daß diese Voraussetzungen vorliegen, liegt dem Kommittenten ob. Auch § 401 bezieht sich nur auf den Fall des

Digitized by Google

gesetzlichen Selbsteintrittsrechts. Wieweit die Parteien bei vertragsmäßiger Gestattung des Selbsteintritts ihn zur Anwendung bringen wollten, ist Auslegungsfrage (weitergehend Staub § 401, Einleitung); doch wird wenigstens die Anwendbarkeit des Abs. 1 auch in diesem Falle geboten sein.

II. **Absatz 1.** Die durch § 401 gewährte Ausdehnung der Rechte des Kommittenten ist eine zwiefache. Nach Abs. 1 hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt (§ 384 Abs. 1) die Kommission zu einem günstigeren als dem in § 400 statuirten Preise ausführen konnte, dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen. Diese Ausdehnung ist keine positive Besonderheit, sie rechtfertigt sich aus der Natur der Sache. Betrachtet das Gesetz den Selbsteintritt als Ausführung der Kommission (§ 400 Abs. 1, vgl. Bericht der Börsenenquetekommission S. 173), so ergiebt sich aus § 384 Abs. 1, daß der Kommissionär ihn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vorzunehmen und das Interesse des Kommittenten dabei zu wahren hat. War er somit bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt als Verkaufskommissionär in der Lage, unter sonst gleichen Geschäftsbedingungen einen höheren Preis zu erzielen, als Einkaufskommissionär in der Lage, unter sonst gleichen Geschäftsbedingungen einen geringeren Preis zu bezahlen, so hat er diesen Preis dem Kommittenten in Rechnung zu setzen. Was eigenthümlich ist, ist, daß abweichend von allgemeinen Grundsätzen — siehe oben bei § 384 Nr. 8 — nicht dem Kommissionär der Exkulpationsbeweis obliegt. Der Kommissionär ist vielmehr nach § 400 Abs. 2 auf die Pflicht beschränkt, nachzuweisen, daß der Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Umgekehrt hat der Kommittent Umstände darzuthun, aus denen hervorgeht, daß der sorgfältige Kommissionär einen günstigeren Preis und zwar an dem Markt, beziehungsweise der Börse erzielt hätte (so auch Staub § 401 Anm. 7, Breit S. 158, vgl. Bericht der Börsenenquetekommission S. 177). Hatte der Kommittent eine bestimmte Zeit vorgeschrieben, so muß er nachweisen, daß der günstigere Preis zu dieser Zeit erzielt wäre. Nr. 2.

III. Nach **Absatz 2** darf der Kommissionär, wenn er vor Absendung (richtiger Abgabe zur Absendung) der Ausführungsanzeige aus Anlaß der ertheilten Kommission an der Börse oder am Markt ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, dem Kommittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen. Diese Ausdehnung ist positivrechtlicher Natur, sie geht über die allgemeinen Grundsätze vom Kommissionsgeschäft hinaus. Aus letzteren ergäbe sich nur, daß der Kommissionär, falls er in Ausführung der Kommission mit einem Dritten ein Geschäft abgeschlossen hätte, nicht von seinem Selbsteintrittsrecht zum Nachtheil des Kommittenten Gebrauch machen könnte, dagegen wäre es an sich dem Kommissionär nicht unbenommen, behufs Ausübung des Selbsteintritts sich nach Dritten umzusehen, die ihm die Waare, die er an den Kommittenten verkaufen will, billiger liefern, oder die Waare, die er dem Kommittenten abkaufen will, theuerer abnehmen; denn da er bei Ausübung des Selbsteintrittsrechts für sich handelt, so ist es ihm nicht zu verdenken, daß er sich bemüht, möglichst günstige Chancen für sich zu gewinnen (Lepa S. 64, R.G.E. VI S. 48). Um nun die Gefahr, daß bei Deckungsgeschäften der Kommissionär auf Kosten des Kommittenten spekulirt, zu beseitigen, bestimmt Abs. 2 allgemein, daß das aus Anlaß der Kommission vor der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung mit einem Dritten geschlossene Geschäft dem Kommittenten zu Gute kommen soll; der günstigere Preis ist dem Kommittenten in Rechnung zu setzen. Nothwendig ist, daß das Geschäft vor Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung geschlossen ist, nachträglich geschlossene Geschäfte kommen für Abs. 2 nicht in Betracht, vorausgesetzt, daß die Absendung nicht wieder rückgängig gemacht wird. Doch kann dann die Haftung aus Abs. 1 begründet sein (Kahn S. 233). Es muß ferner aus Anlaß der ertheilten Kommission geschlossen sein, d. h. entweder in Ausführung der Kommission oder zum Zwecke des Selbsteintritts (vgl. R.G.E. VI S. 48, Staub § 401 Anm. 2, Breit S. 159). Wann es aus Anlaß der Kommission geschlossen ist, ist Thatfrage. Vor Allem werden die Bedingungen des Geschäfts daraufhin zu prüfen sein. Weichen diese von der Kommission ab, so ist Abs. 2 nicht anwendbar. Aber auch bei Gleichheit der Bedingungen ist nicht stets nachgewiesen, daß der Kommissionär aus Anlaß der Kommission abgeschlossen hat. Wer verbietet ihm, für sich zu spekuliren? (Vgl. Cosack S. 237.) — Er muß es endlich an der Börse oder am Markt abgeschlossen haben, d. h. an der betr. Börse oder dem betr. Markt (Bondi bei Holdheim VI S. 257, a. A. Breit S. 160). Doch wird dieses Erforderniß nicht zu sehr zu betonen sein, da die Vorschrift sonst leicht umgangen werden könnte. — Daß diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Kommittent zu beweisen. Nr. 3.

Digitized by Google

Nr. 4. Hatte der Kommissionär von verschiedenen Kommittenten mehrere gleichartige Kommissionen erhalten, so braucht er, falls er vor Ausführung durch Selbsteintritt ein Geschäft an der Börse abgeschlossen hatte, nicht jedem der Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen; denn dann würde er grundlos geschädigt werden. Hat er vielmehr den günstigeren Preis dem einen von diesen Kommittenten thatsächlich aufgegeben, „so wird anzunehmen sein, daß der Kommissionär das betr. Geschäft auch allein aus Anlaß des Auftrages dieses Kommittenten abgeschlossen hat. Jeder andere Kommittent würde beweisen müssen, daß das betr. Geschäft allein aus Anlaß seines Auftrages geschlossen sei" (Bericht der Börsenenquetekommission S. 178). Dabei wird man vor Allem die Größe der ertheilten Aufträge und die Größe des abgeschlossenen Geschäfts zu vergleichen haben. Lautete die Kommission des A auf Einkauf von 20, die des B auf Einkauf von 30 und die des C auf Einkauf von 40 Stück Aktien bestimmter Art und hatte der Kommissionär von D 50 Stück derartige Aktien eingekauft, bevor er vom Selbsteintritt gegenüber dem A, B und C Gebrauch machte, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er lediglich in Anlaß der auf 20 Stück gehenden Einkaufskommission des A die 50 Stück eingekauft habe, vielmehr wird sowohl B wie C das Recht haben, zu verlangen, daß auch für sie in Höhe von 30 Stück der günstigere Preis in Anrechnung gebracht wird, jedoch nur in der Art, daß der Kommissionär für zusammen 30 Stück den günstigeren Preis in Anrechnung setzt; der Kommissionär kann also wählen, ob er dem B oder dem C die 30 Stück oder jedem einen Theil der 30 zu den günstigeren Chancen zuweisen will. — Aehnlich, wenn der Kommissionär mehrere Geschäfte an der Börse zu verschiedenen Kursen vor dem Selbsteintritt geschlossen hat. Hier hat er — falls die Größe der gesammten Geschäfte der einen Kommission entspricht — die sämmtlichen günstigeren Preise dem Kommittenten in Anrechnung zu bringen. Hatte er z. B. von A die Kommission erhalten, 100 Stück Aktien einzukaufen und vor dem Selbsteintritt von B 30, von C 50, von D 20 Stück zu verschiedenen, aber günstigeren Preisen eingekauft, so hat er die entsprechenden Preise für die entsprechenden Mengen dem Kommittenten A anzusetzen, also die Preise des B für 30, die des C für 50, die des D für 20 Stück. — Hatte er von A die Kommission erhalten, 50, von B die Kommission, ebenfalls 50 Stück Aktien einzukaufen, und hatte er vor dem Selbsteintritt von C 30, von D 50, von E 20 Stück zu verschiedenen, aber günstigeren Preisen eingekauft, so kann er wählen, wie er an A und B diese Preise vertheilen will. Keiner von Beiden hat ein Recht, vor dem Anderen bevorzugt zu werden. Es hängt also vom Belieben des Kommissionärs ab, dem Einen die günstigeren, dem Anderen die weniger günstigen Preise von den 3 Geschäften zuzutheilen. Vgl. auch Staub § 401 Anm. 6.

Nr. 5. IV. Aelteres Recht. § 401 ist dem Reichsbörsengesetz § 72 Abs. 1, 2 entnommen.

§ 402.

Die Vorschriften des § 400 Abs. 2 bis 5 und des § 401 können nicht durch Vertrag zum Nachtheile des Kommittenten abgeändert werden.

Entw. I § 374 Abs. 6, § 375 Abs. 3, II § 394; Denkschr. I S. 242, II S. 3256; Reichsbörsengesetz (alte Fassung) §§ 71 Abs. 6, 72 Abs. 3.

Nr. 1. 1. Nur die Vorschriften des § 400 Abs. 2—5 und der § 401 sind der Abänderung durch Vereinbarung entzogen, nicht die Vorschrift des § 400 Abs. 1; auch dürfen sie nur zum Nachtheil des Kommittenten nicht abgeändert werden; eine Abänderung zum Vortheil des Kommittenten ist durchaus zulässig. Und endlich bezieht sich § 402 nur auf vorherige Vereinbarung. Nachträglich kann der Kommittent auf die ihm erwachsenen Rechte verzichten (Bericht der Börsenenquetekommission S. 178).

Nr. 2. 2. Das obige gilt nur für den Fall des gesetzlichen Selbsteintrittsrechts. Bei vertragsmäßiger Vereinbarung des Selbsteintritts ist die Freiheit der Normirung der Folgen unbenommen.

Nr. 3. 3. Aelteres Recht. § 402 ist den §§ 71 Abs. 6, 72 Abs. 3 des Reichsbörsengesetzes entnommen.

Digitized by Google

§ 403.

Der Kommissionär, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt, ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen.

Entw. I § 376, II § 395; Denkschr. I S. 242, II S. 3256; A. D. H.G.B. Art. 376 Abs. 2 Satz 2.

Nr. 1. 1. Der Anspruch des selbsteintretenden Kommissionärs auf die Provision rechtfertigt sich daraus, daß das Gesetz im Selbsteintritt eine Ausführung der Kommission erblickt (§§ 400 Abs. 1, 396). Unter gewöhnlicher Provision ist die Provision zu verstehen, die ihm zustehen würde, wenn er die Kommission durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt hätte (Lepa S. 181), u. U. kann also auch Delkredereprovision darunter fallen (vgl. gegen die herrschende Ansicht das bei § 394 Nr. 9 Bemerkte). Der Kommissionär kann ferner Ersatz der von ihm gemachten Aufwendungen nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. bei § 396 Nr. 12) verlangen. Er kann endlich die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen, vor Allem die Kurtage, auch ohne nachzuweisen, daß er sie wirklich bezahlt hat (Seuffert XXVI Nr. 263), Lagermiethe, Arbeitslöhne, auch Stempel. Der Nachweis braucht sich nur darauf zu erstrecken, daß sie zu den regelmäßig vorkommenden gehören.

Nr. 2. Der Anspruch auf Provision und Zahlung der Kosten ist ein Anspruch des Kommissionärs als solchen. Es ist nicht richtig, wenn das R.O.H.G. ihn als Anspruch aus dem Kaufverhältniß auffaßt und demgemäß die Verjährung für Kaufpreisforderungen darauf zur Anwendung bringt (R.O.H.G. XVII S. 328), vielmehr unterliegt er der Verjährung für die Ansprüche des Kommissionärs aus der Geschäftsbesorgung (praktisch freilich unerheblich B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 1). So auch R.G bei Gruchot XXXVI S. 1070, für die Kosten anders Breit S. 171. Die Folge ist, daß der selbsteintretende Kommissionär hinsichtlich dieses Anspruches das Pfandrecht aus § 404 geltend machen kann.[1])

Nr. 3. 2. § 403 gilt auch für den Fall vertragsmäßiger Vereinbarung des Selbsteintritts.

Nr. 4. 3. Aelteres Recht. § 403 ist dem Reichsbörsengesetz § 73, A. D. H.G.B. Art. 376 Abs. 2 Satz 2, entnommen.

§ 404.

Die Vorschriften der §§ 397, 398 finden auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt Anwendung.

Entw. I § 377, II § 396; Denkschr. I S. 242, 243, II S. 3256, 3257.

Nr. 1. 1. Tritt der Verkaufskommissionär als Käufer ein, und erwirbt er das Eigenthum am gekauften Gut, so ist für eine Anwendung der §§ 397, 398 kein Raum; denn dann kann er ohnehin über das Gut frei verfügen, zu einer Rückübertragung des Eigenthums an den Kommittenten ist er ja nicht verpflichtet. Hat er das Eigenthum dagegen noch nicht erworben — ein Fall der wenig praktisch sein wird[2]) — so würde er hinsichtlich der ihm als Kommissionär zustehenden Forderungen gegen den Kommittenten nach Maßgabe der §§ 397, 398 berechtigt sein, das Pfandrecht geltend zu machen. Würde der Verkäufer-Kommittent im Konkurse des Käufer-Kommissionärs sein Verfolgungsrecht geltend machen, weil der Kommissionär den Kaufpreis nicht bezahlt habe, so könnten die Konkursgläubiger demgegenüber die Gegenforderungen des Kommissionärs zur Aufrechnung bringen.

Nr. 2. 2. Tritt der Einkaufskommissionär als Verkäufer ein, so ist dagegen für §§ 397, 398 die Anwendung gegeben. Er kann für seine Forderungen als Kommissionär, so-

[1]) Weil der Anspruch auf Provision dem Kommissionär als solchem zusteht, bleibt er ihm auch dann, wenn die Realisirung des durch den Selbsteintritt hervorgerufenen Kaufverhältnisses aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist, z. B. der Kommittent geräth in Konkurs und der Konkursverwalter tritt nach K.O. § 17 zurück (Breit S. 185).

[2]) Man denke z. B. daran, daß der Kommittent, der das Gut inzwischen geschickt hat, sich weigert, den Selbsteintritt anzuerkennen.

Digitized by Google

lange er das Eigenthum am Gut dem Kommittenten nicht übertragen hat (nicht als Verkäufer[1]), aus § 398, sobald er das Eigenthum übertragen hat, aus 397 sich Befriedigung verschaffen. Außerdem aber bleiben ihm als Gegenkontrahenten (Verkäufer) die Rechtsbehelfe aus B.G.B. § 326, falls der Käufer in Leistungsverzug ist (anders Entw. I § 377).

Nr. 3. 3. Das Obige gilt auch für den Fall vertragsmäßiger Vereinbarung des Selbsteintritts.

Nr. 4. 4. Die Vorschrift des § 404 enthielt das alte Handelsgesetzbuch nicht. Ob sie sich von selbst ergab, war bestritten. Wer dies für das ältere Recht leugnet, muß für alle vor dem 1. Januar 1900 ertheilten Kommissionen die Anwendbarkeit des § 404 negiren; denn der Selbsteintritt mit seinen Folgen als „Ausführung" der Kommission untersteht dem Recht, das die Kommission beherrscht.

§ 405.

Zeigt der Kommissionär die Ausführung der Kommission an, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß er selbst eintreten wolle, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei.

Eine Vereinbarung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, daß die Erklärung darüber, ob die Kommission durch Selbsteintritt oder durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt sei, später als am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden dürfe, ist nichtig.

Widerruft der Kommittent die Kommission und geht der Widerruf dem Kommissionär zu, bevor die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist, so steht dem Kommissionär das Recht des Selbsteintritts nicht mehr zu.

Entw. I § 378, II § 397; Denkschr. I S. 242, II S. 3256; Reichsbörsengesetz (alte Fassung) § 74 Abs. 1, 2, A. D. H.G.B. Art. 377.

Nr. 1. 1. § 405 enthält einige Bestimmungen über die Ausübung des Selbsteintritts, die systematisch richtiger an eine frühere Stelle gerückt wären. Sie beziehen sich nur auf das gesetzliche Eintrittsrecht des § 400, auf das vertragsmäßige sind sie nicht ohne Weiteres anwendbar (anders Staub § 405 Anm. 2).

Nr. 2. 2. **Absatz 1.** Die Ausübung des Selbsteintritts geschieht durch die Anzeige des Kommissionärs, daß er die Kommission dadurch ausführe, daß er selbst in das Geschäft eintrete. Diese Anzeige muß nach Absatz 1 ausdrücklich die Bemerkung „daß er selbst eintreten wolle" enthalten. Enthält die Ausführungsanzeige nicht die ausdrückliche Bemerkung, er wolle selbst eintreten, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung in normaler Weise, d. h. durch Abschluß mit einem Dritten erfolgt sei. Vgl. aber oben § 400 Nr. 12, 13. Es hilft dem Kommissionär auch nicht der Gegenbeweis, er habe thatsächlich nicht mit einem Dritten abgeschlossen, ebensowenig die nachträgliche Ergänzung der Anzeige.[2]) Vielmehr muß er sich gefallen lassen, daß ihn der Kommittent so behandelt, als habe er die Kommission durch Abschluß mit einem Dritten erledigt. Andererseits hat der Kommittent nach § 384 Abs. 3 das Recht, ihn, wenn nicht zugleich mit der Ausführungsanzeige der Dritte namhaft gemacht wird, mit dem das Geschäft abgeschlossen ist, für die Erfüllung des Geschäfts haftbar zu machen. Der Kommittent kann ihn also lediglich wie einen Kommissionär behandeln, aber zugleich für die Erfüllung des Geschäfts haftbar machen (vgl. bei § 384 Nr. 39 ff.).

Nr. 3. 3. **Absatz 2.** Die Bestimmung des Abs. 1 kann durch Parteiberedung dahin geändert werden, daß die allgemeine Ausführungsanzeige als Erklärung des Selbsteintritts gelten solle, dies kann auch generell bezüglich sämmtlicher Geschäfte geschehen

[1]) A. A. Breit S. 172.

[2]) Der Kommissionär kann sich aber dadurch helfen, daß er die Ausführungsanzeige überhaupt wegen Irrthums rückgängig zu machen sucht (B.G.B. § 119. Einwand: er habe sie überhaupt nicht abgeben wollen).

Digitized by Google

(Kahn S. 236, vgl. oben § 400 Nr. 13), es kann ferner vereinbart werden, daß der Kommissionär die Erklärung, ob er selbst eintrete oder ob das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen sei, nach der allgemeinen Ausführungsanzeige abgebe — doch beschränkt das Gesetz die letztere Vereinbarung dahin, daß sie nur zulässig sein soll, wenn dem Kommissionär nur für den Tag der Ausführungsanzeige die Nachholung durch Absendung der Eintrittserklärung gestattet werde, daß dagegen die Gestaltung für längere Frist nichtig sein solle (folgerichtig wird man auch die Vereinbarung der Gestattung späteren Widerrufs für nichtig erklären müssen, Breit S. 123). Es kann endlich der Kommittent nachträglich die allgemeine Ausführungsanzeige als Ausübung des Selbsteintritts anerkennen.

4. **Absatz 3.** Wie früher (§ 400 Nr. 11) bemerkt ist, bindet den Kommissionär Nr. 4.
die Erklärung des Selbsteintritts erst mit dem Moment, wo sie dem Kommittenten zugeht, bis dahin kann er sie widerrufen. Umgekehrt erlangt der Kommissionär durch Abgabe der Ausführungsanzeige behufs Absendung (über den Begriff oben § 400 Nr. 28) ein unentziehbares Recht des Selbsteintritts. Der nach Abgabe der Ausführungsanzeige behufs Absendung bei ihm eintreffende Widerruf der Kommission durch den Kommittenten vermag ihm das Recht nicht mehr zu rauben. Dabei gilt im Einzelnen:

a) Der Widerruf muß dem Kommissionär zugegangen sein, die Gefahr des Transportes trägt der Kommittent.

b) Der Widerruf ist wirkungslos, wenn die gehörige Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist. Fehlt es der Ausführungsanzeige an dem Requisit des Abs. 1 oder ist gar überhaupt keine Anzeige erfolgt, sondern nur ein thatsächliches Verhalten, das auf den Entschluß des Kommissionärs hinweist, selbst eintreten zu wollen, so wirkt der Widerruf nach allgemeinen Grundsätzen (R.O.H.G. VIII S. 96, V S. 281).

c) Nimmt der Kommissionär nach eingetroffenem Widerruf die Abgabe der Anzeige zurück, so äußert der Widerruf seine Wirkung.

d) Der Kommissionär, der sich darauf beruft, daß der Widerruf wirkungslos sei, weil er bereits vor dessen Eintreffen die Selbsteintrittsanzeige behufs Absendung abgegeben, hat den Beweis seines Einwandes zu führen (R.O.H.G. V S. 282, XVI S. 305).

e) U. U. kann, trotzdem der Widerruf beim Kommissionär noch nicht eingetroffen ist, in dem Selbsteintritt eine Vertragswidrigkeit des Kommissionärs liegen. Wußte er, daß der Kommittent den Widerruf abgesandt hat und benutzt er den Umstand, daß der Widerruf bei ihm noch nicht eingetroffen ist, um sich auf Kosten des Kommittenten durch den Selbsteintritt zu bereichern, so würde er gegen § 384 Abs. 1 verstoßen (vgl. Breit S. 141).

5. Aelteres Recht. § 405 Abs. 1, 2 ist dem Reichsbörsengesetz § 74 Abs. 1, 2, Nr. 5.
§ 405 Abs. 3 dem A. D. H.G.B. Art. 377 entnommen.

§ 406.

Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt. Das Gleiche gilt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schließen übernimmt.

Als Einkaufs- und Verkaufskommission im Sinne dieses Abschnitts gilt auch eine Kommission, welche die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat.

Entw. I § 380, II § 398; Denkschr. I S. 243, II S. 3257; A. D. H.G.B. Art. 378.
Im Ganzen vgl. oben Einleitung S. 198 Nr. 5, 6.

Digitized by Google

Nr. 1. 1. Aus der Vorschrift folgt, daß da, wo die Uebernahme der Abschließung von anderen Geschäften als Kauf und Verkauf den alleinigen Gegenstand des Gewerbes bildet, zwar nicht der Begriff des Kommissionärs gegeben ist, aber doch bei erheblichem Umfang die Voraussetzungen des § 2 vorliegen und damit kraft § 406 die Vorschriften dieses Abschnittes zur Anwendung gelangen können.

Nr. 2. 2. Nicht bezieht sich § 406 auf den Fall der Spedition. Für diesen gelten die besonderen Bestimmungen des vierten Abschnittes.

Nr. 3. 3. § 406 entspricht dem alten Art. 378. Doch war der Standpunkt des letzteren ein anderer. Vgl. darüber oben Einleitung S. 198 Nr. 3 ff.

Vierter Abschnitt.

Speditionsgeschäft.

§ 407.

Spediteur ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines Anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen.

Auf die Rechte und Pflichten des Spediteurs finden, soweit dieser Abschnitt keine Vorschriften enthält, die für den Kommissionär geltenden Vorschriften, insbesondere die Vorschriften der §§ 388 bis 390 über die Empfangnahme, die Aufbewahrung und die Versicherung des Gutes, Anwendung.

Entw. I § 381, II § 399; Denkschr. I S. 244, 245, II S. 3257; A. D. H.G.B. Art. 379, 387.

Litteratur: Grünhut, Recht des Commissionshandels, insbesondere S. 524 ff.; derselbe in Endemanns Hdb. III S. 269 ff., Burchard, Recht der Spedition 1894 (citirt als: Burchard), derselbe in Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. XIV, Dernburg b. R. II § 346; Knittel, Die Nachnahme im Speditions- und Frachtgeschäft 1886.

Nr. 1. Vorbemerkung. Die Eintheilung dieses Abschnittes entspricht der des voraufgehenden. Voran geht die Begriffsbestimmung des Spediteurs (§ 407 Abs. 1). Hierauf folgt die Normirung der Rechte und Pflichten des Spediteurs (§ 407 Abs. 2—§ 411) im Allgemeinen, sodann die des Selbsteintrittsrechts des Spediteurs im Besonderen (§ 412); an den Fall des Selbsteintrittsrechts ist folgerichtig der der uneigentlichen Spedition (§ 413) angereiht. Der von der Verjährung handelnde § 414 ist zweckmäßig an den Schluß gestellt, da er die sämmtlichen voraufgehenden Fälle umfaßt. § 415 endlich giebt auch hier Aufschluß über den eigentlichen Umfang des Geltungsgebietes dieses Abschnittes, indem er die Definition des **Speditionsgeschäftes** liefert.

I. Im Gegensatz zum Kommissionsgeschäft (vgl. oben S. 198 Nr. 3) besteht eine innere Harmonie zwischen den Begriffen Speditionsgeschäft und Spediteur. Der gewerbsmäßige Betrieb von Speditionsgeschäften macht zum Spediteur. Es giebt nicht Speditionsgeschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb nicht zum Spediteur machte. Der Wortlaut der §§ 415 und 407 Abs. 1 deckt sich, soweit es sich um das den Gewerbebetrieb des Spediteurs bildende Geschäft handelt. Nur das Requisit der Gewerbsmäßigkeit ist das von § 407 Abs. 1 Hinzugefügte. Demgemäß ist eine getrennte Behandlung beider Begriffe hier überflüssig; wir sind in der Lage, uns sofort dem **Begriff des Spediteurs** zuzuwenden.

Aus der Begriffsbestimmung des § 407 folgert:

Nr. 2. 1. Der Spediteur **übernimmt** es, Güterversendungen zu besorgen. Die Uebernahme geschieht gegenüber dem Versender, den Gegenstand seines Gewerbes bildet der Abschluß von Verträgen mit dem Versender. In Ausführung des Vertrages mit dem Versender schließt der Spediteur natürlich Geschäfte mit dem Frachtführer oder Verfrachter eines Seeschiffes ab, aber diese Geschäfte sind nicht die Grundhandelsgeschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb ihn zum Spediteur macht, sondern es sind accessorische Handelsgeschäfte. Noch weniger fällt in seine Grundthätigkeit die

Digitized by Google

rechtliche Beziehung zu dem Empfänger der Sendung. Diese ist nur eine zufällige, ausnahmsweise vorkommende; das Gesetz erwähnt ihrer in diesem Abschnitt überhaupt nicht.

2. Der Spediteur übernimmt es, Güterversendungen zu **besorgen.** Den Gegen- Nr. 3.
satz zur Besorgung bildet die Ausführung. Dadurch daß der Spediteur nur die Besorgung, nicht die Ausführung übernimmt, unterscheidet er sich vom Frachtführer (§ 425) und Verfrachter eines Seeschiffes. Vgl. auch § 412 Abs. 1, der des Selbsteintrittsrechtes des Spediteurs gedenkt. Seine Besorgung ist die Besorgung eines Geschäfts, er verpflichtet sich also zu einer juristischen, nicht bloß zu einer faktischen Thätigkeit. Und zwar ist dieses Geschäft stets ein Vertrag, nie ein einseitiges Rechtsgeschäft (anders beim Kommissionär oben S. 199 Nr. 7). Der Vertrag ist gewöhnlich ein Vertrag mit dem Frachtführer oder Verfrachter eines Seeschiffes, also ein Land- oder Seefrachtvertrag. Doch kann auch ein weiterer Speditionsvertrag in Frage kommen. Jedenfalls aber ist die Zahl der in Betracht kommenden Verträge hier eine beschränkte, sie sind selbst Frachtverträge oder bezwecken den Abschluß des Frachtvertrages (anders bei der Kommission).

3. Die abzuschließenden Verträge müssen **Güterversendungen** betreffen, nicht Nr. 4.
den Transport von Personen,[1]) gleichgültig, ob die Güterversendung über das Meer hin, auf Binnengewässern oder auf dem Lande erfolgt, ja selbst Ortsverschiedenheit ist nicht erforderlich, das Speditionsgewerbe kann sich auf den Lokalverkehr beschränken (Burchard S. 65). Der Begriff der Güter ist der gleiche, wie in § 425. Dagegen genügt nicht die bloße Uebernahme der Verpflichtung, Güter zu bezahlen und an einen Dritten auszuliefern (Busch X S. 377), es sei denn, daß, wie beim Zwischenspediteur, dies ein Bestandtheil der Güterversendung ist. Ebensowenig genügt der Abschluß eines Schleppvertrages, bloße Einlagerung u. s. w. (Adler-Clemens Nr. 1237).

4. Die Güterversendung soll **durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen** Nr. 5.
erfolgen. Doch darf dieser Satz nicht zu eng ausgelegt werden. Das R.O.H.G. (VII S. 307) hat mit Recht angenommen, daß die gewerbsmäßige Abschließung von Frachtverträgen für fremde Rechnung den Geschäftskreis des Spediteurs bezeichnet. Demnach wird jede Güterversendung, die unter den Begriff des Frachtvertrages fällt, genügen, also auch der Fall des § 451. Auch die Beförderung durch die Post fällt trotz § 452 hierunter.

5. Diese Verträge **abzuschließen** übernimmt der Spediteur, nicht bloß vor- Nr. 6.
zubereiten oder zu vermitteln. Dadurch unterscheidet er sich vom Frachtmäkler (Güterbestätter, Schiffsprokureur). Doch beschränkt sich seine Thätigkeit nicht bloß auf den Abschluß, er hat eine Reihe von weiteren Dienstleistungen (faktischer und juristischer Art) vorzunehmen, die die gehörige Besorgung der Güterversendung mit sich bringt, so die gehörige Empfangnahme und Aufbewahrung des Speditionsgutes,[2]) die Wahrnehmung der Rechte des Versenders gegenüber Frachtführern, die gehörige Auswahl der Beförderungsmittel, der Person des Frachtführers, die ordentliche Verpackung u. s. w. Weitere Verpflichtungen können ihm auferlegt werden, z. B. die Verpflichtung zur Versicherung des Gutes. Immer aber muß den Kern seiner geschäftlichen Thätigkeit die Uebernahme des Abschlusses von Frachtverträgen bilden.

6. Die Uebernahme bezieht sich auf den Abschluß **in eigenem Namen.** Wer es Nr. 7.
übernimmt, im Namen des Versenders abzuschließen, geht kein Speditionsgeschäft ein. Der Spediteur soll nicht als Vertreter des Versenders, sondern als Absender, beziehungsweise Befrachter fungiren. In dieser Hinsicht gilt völlig das für das Kommissionsgeschäft (oben S. 199 Nr. 8 ff.) Vorgetragene. Ja es wird hier von vornherein

---

[1]) Einschließlich ihres Gepäckes (Burchard S. 67). Also nicht Spediteur der Auswanderungsexpedient (L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 270). Kein Spediteur, auch der Annoncen- (Insertions) Spediteur, er ist vielmehr Kommissionär. Der Schwerpunkt liegt in dem Abschluß des Insertionsvertrages mit der Zeitung, den er in eigenem Namen vornimmt. Der Transport der Annonce spielt nur eine nebensächliche Rolle. Seine Provision wird eigenthümlich berechnet (vgl. dazu R.O.H.G. IV S. 136, XII S. 214, R.G.E. XX S. 50, letztere Erkenntnisse sehen ihn als Speditionsunternehmer an, ebenso R.O.H.G. I S. 214). Nach unserer Auffassung finden deshalb §§ 413, 414 auf ihn nicht Anwendung, was auch angemessen ist.

[2]) Ja schon das Abholen des Gutes zwecks Lagerung und event. weiterer Versendung fällt in den Bereich seiner Thätigkeiten, doch muß die Versendung ins Auge gefaßt sein.

Digitized by Google

beim gewerbsmäßigen Spediteur im Zweifel anzunehmen sein, daß er, falls er einen Auftrag zur Versendung entgegennimmt, als Spediteur fungire. Anders beim Kaufmann, der einen vereinzelten Auftrag zur Güterversendung übernimmt (§ 415).

Nr. 8. 7. Die Uebernahme bezieht sich auf den Abschluß **für fremde Rechnung.** Wer sich verpflichtet, die Versendung fremder Güter für eigene Rechnung zu besorgen, handelt nicht als Spediteur, z. B. nicht der Verkäufer, der das tradirte Gut an den Käufer für seine Rechnung zu besorgen übernimmt. Der Andere, für dessen Rechnung die Besorgung übernommen wird, der Versender kann identisch sein mit dem Empfänger. Wann Abschluß für fremde Rechnung, wann für eigene vorliegt, ist Thatfrage. Als Abschluß für eigene Rechnung und zwar als Abschluß eines Frachtvertrages werden in § 413 zwei Fälle kraft positiver Bestimmung behandelt.

Nr. 9. 8. Die Uebernahme muß **gewerbsmäßig** erfolgen. Doch wird dieses Erforderniß durch § 415 erheblich abgeschwächt. Jede Uebernahme, die von einem Kaufmann als solchem, gleichgültig, ob Vollkaufmann oder Minderkaufmann, erfolgt, erscheint als Speditionsgeschäft und untersteht den Bestimmungen dieses Abschnittes (vgl. dazu § 343).

Nr. 10. 9. Gleichgültig ist, ob der Andere, der Versender, Kaufmann ist oder nicht. Der Spediteur selbst ist Kaufmann nach § 1 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 6. Der Speditionsvertrag ist also stets ein mindestens einseitiges Handelsgeschäft. Und noch gleichgültiger ist, welche Qualität der Empfänger hat.

Nr. 11. 10. In der Praxis unterscheidet man drei **Arten von Spediteuren,** den eigentlichen oder Hauptspediteur, den Zwischen- oder Platzspediteur und den Unterspediteur. Hauptspediteur ist derjenige, der den Transport durch Abschluß des Frachtvertrags einleitet, der Zwischenspediteur übernimmt es entweder, den weiteren Transport des Gutes durch Abschluß mit weiteren Frachtführern durchzuführen oder das Speditionsgut dem Empfänger abzuliefern (Grünhut S. 525), er tritt in ein Vertragsverhältniß zum Hauptspediteur, nicht zum Versender (R.O.H.G. XII S. 386, Bolze VII Nr. 518), es sei denn, daß besondere vertragliche Beziehungen zwischen ihm und dem Versender angebahnt sind (Busch XXXIV S. 349). Unterspediteur ist der Substitut des Spediteurs (v. Hahn zu Art. 380 § 6).

Nr. 12. II. Ueber die **rechtliche Natur des Speditionsvertrages** gilt das Gleiche, wie über die des Kommissionsvertrages (oben S. 201 Nr. 11). Auch hier wird es sich gewöhnlich um einen Werkvertrag handeln, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, der Anspruch des Spediteurs auf die Provision bezeugt dies. Doch kann der Speditionsvertrag auch unentgeltlich sein und gilt dann als Auftrag. Der Speditionsvertrag ist überhaupt vom Standpunkt des § 406 aus ein Kommissionsvertrag, denn die dort für den Kommissionsvertrag aufgestellten Erfordernisse treffen völlig auf ihn zu. Es ist daher nicht korrekt, wenn die Denkschrift sagt, die Spedition „bilde nicht mehr eine bloße Unterart der Kommission", im Gegentheil, die Subsumtion unter den Begriff der Kommission ist jetzt noch mehr geboten als früher (R.O.H.G. XV S. 264, XVI S. 375), wo die Kommission lediglich den Abschluß von Handelsgeschäften zum Gegenstand hatte, was bei der Auffassung, daß es Handelsgeschäfte vom Standpunkt des Kommittenten sein müßten, auf den Speditionsvertrag nicht zutraf. Nur ist der Spediteur nicht Kommissionär, da der Begriff des Kommissionärs auf den Ein- und Verkaufskommissionär beschränkt ist.

Nr. 13. Ebenso gilt hinsichtlich des **Abschlusses** des Speditionsvertrages das Gleiche wie beim Kommissionsvertrage,[1]) ferner hinsichtlich des **Erfüllungsortes**[2]) und endlich hinsichtlich der **Auflösung** des Speditionsvertrages. Der Speditions-

[1]) Speditionsverträge, die gegen gesetzliche Verbote verstoßen, sind nichtig, soweit nicht aus dem Gesetze sich ein Anderes ergiebt. Auf ausländische Gesetzesverbote, z. B. Einfuhrverbote und Zollgesetze, bezieht sich dies an sich nicht. Doch könnte ein dagegen verstoßender Speditionsvertrag möglicherweise aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein, zumal wenn in den Handelsverträgen eine gegenseitige Verpflichtung der Staaten, den Schleichhandel zu unterdrücken, ausgesprochen ist. Vgl. hierüber Burchard S. 138 ff.

[2]) Daß dieses im Zweifel der Wohnort des Spediteurs sei, erkennt R.O.H.G. VIII S. 12 an; nach R.O.H.G. XII S. 416 ist es der Ort, wo der Spediteur die ihm zur Versendung überlieferte Waare empfängt und absendet. Doch ist diese Formulirung nicht sehr glücklich, ebensowenig die in Busch XVII S. 129, Adler-Clemens Nr. 185, wonach der Ort der Vertragserrichtung der maßgebende ist.

Digitized by Google

vertrag kann darnach zwar vom Versender, aber nicht frei vom Spediteur gekündigt werden. Der Versender kann so lange frei kündigen, als die Spedition noch nicht ausgeführt ist. Ausführung der Spedition in diesem Sinne liegt jedenfalls im Abschluß des Frachtvertrages durch den Spediteur mit dem Frachtführer oder Verfrachter des Seeschiffes, falls sie in Gemäßheit des ertheilten Auftrags erfolgt sind; hatte der Spediteur nur die Offerte zum Frachtvertrag abgegeben, so hängt die Wirksamkeit des Widerrufs davon ab, ob auf Grund der bindenden Offerte der Frachtvertrag geschlossen wird oder nicht. Ausführung der Spedition kann aber möglicherweise auch dann vorliegen, wenn der Spediteur nicht wirklich einen Frachtvertrag abschließt, sondern mit dem Empfänger vereinbart, daß er die Waaren für diesen auf Lager nehme. Denn es ist möglich, daß die Voraussetzungen des B.G.B. § 665 hier zutreffen, daß also der Spediteur nach Lage der Dinge berechtigt war, von den Weisungen des Versenders in jenem Sinne abzuweichen und die Spedition in anderer Art durchzuführen (vgl. R.G.E. XIV S. 152, 153).

Eine ganz andere Frage ist, wieweit durch Abschluß des Frachtvertrages der Versender das Recht verliert, dem Spediteur weitere Anweisungen zu ertheilen. Ueber diese Frage ist an anderer Stelle zu handeln.

III. **Absatz 2.** Abs. 2 bringt die grundsätzliche Auffassung der Natur des Speditions- Nr. 14.
vertrages zum Ausdruck. Er soll, soweit nicht die §§ 408—414 Platz greifen, nach den Vorschriften für das Kommissionsgeschäft beurtheilt werden. Von den §§ 408—414 enthalten einige nur die nähere Anwendung der im dritten Abschnitte über das Kommissionsgeschäft aufgestellten Normen auf den Fall der Spedition, so der § 408, der dem § 384 parallel geht, der § 409, der den § 396 hier ausführt. Andere weichen inhaltlich mehr oder minder erheblich von den Sätzen über das Kommissionsgeschäft ab, so § 410, der das Pfandrecht des Spediteurs gegenüber dem des Kommissionärs (§ 397) einschränkt, § 412, der das Selbsteintrittsrecht umgekehrt ausdehnt (gegenüber § 400). Eine dritte Gruppe enthält geradezu Nova, so §§ 413, 414.

Wiederum lassen sich auch die den §§ 408—414 nicht widerstreitenden Sätze über das Kommissionsgeschäft nicht sämmtlich zur Anwendung bringen, weil einige von ihnen auf den Fall der Spediton überhaupt nicht zugeschnitten sind, so die §§ 391, 395, aber auch die §§ 400—405 (so auch Staub, Exkurs zu § 415 Anm. 8).

Indem die analoge Anwendbarkeit der übrigen Bestimmungen der Einzelerörterung Nr. 15.
bei den folgenden §§ vorbehalten bleiben muß, ist hier nur über die Heranziehung des § 392 zu handeln, weil es sich dabei um grundlegende Fragen handelt. Dabei kommen zwei Klassen von Personen als Dritte in Frage; der Empfänger und der Frachtführer.

a) Der **Adressat** oder **Empfänger**. Wie bemerkt, handelt es sich beim Speditionsvertrag um obligatorische Beziehungen zwischen dem Versender und dem Spediteur. Der Dritte, an den die Waare geschickt werden soll, der Adressat oder Empfänger, bleibt grundsätzlich außer Frage (vgl. zum Folgenden Burchard S. 155 ff., 174 ff.). Natürlich kann der Empfänger identisch sein mit dem Versender, sei es, daß der die Spedition Ertheilende direkt der Empfänger ist oder daß der Versender im Namen des Empfängers handelt [1]) (vgl. z. B. R.G.E. XXIX S. 48, vgl. auch O.L.G. Karlsruhe in Z. XLIV S. 248). Ist aber, wie gewöhnlich, der Empfänger eine vom Versender verschiedene Person, so tritt der Spediteur zu dieser durch den Speditionsvertrag überhaupt nicht in Rechtsbeziehungen. Es ist für ihn auch völlig gleichgültig, welche Rechtsbeziehungen zwischen Versender und Empfänger bestehen, er hat es nur mit dem Versender zu thun, ja selbst, wenn der Empfänger dem Versender die Kommission ertheilt hat zum Abschluß des Speditionsvertrages, kommt dies für den Spediteur nicht in Betracht; denn der Versender handelt ja in eigenem Namen. Dem Spediteur erwachsen darnach aus dem Speditionsvertrage weder Rechte noch Pflichten gegenüber dem Empfänger.[2]) Wie somit für die Anwendung des § 392 hier an sich die Voraussetzungen fehlen, es sei denn, daß ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt, wozu es aber besonderer Momente bedarf, hat der Empfänger an sich umgekehrt keinen Anspruch gegen den Spediteur auf Auslieferung der Waare und kann dem Spediteur keinerlei bindende Anweisungen ertheilen. Die für den Frachtführer geltenden §§ 434,

[1]) Hier wird B.G.B. § 164 Abs. 2 zu beachten sein.

[2]) Daß solche aus anderen Schuldgründen erwachsen können, ist selbstverständlich, z. B. daraus, daß der Empfänger Eigenthümer des Speditionsgutes ist oder vorher mit dem Spediteur eine Vereinbarung getroffen hat oder dgl.

Digitized by Google

435 finden auf den Spediteur keine Anwendung. Tritt der Empfänger als Bevollmächtigter oder Cessionar des Versenders auf, so gilt natürlich ein Anderes. Der Spediteur seinerseits darf mit dem Empfänger nur insoweit paktiren, als er sich innerhalb der Grenzen des Speditionsvertrages bewegt. Hat ihm der Versender also gemessene Weisungen ertheilt, so darf er von diesen unter keinen Umständen abweichen, jede in Widerspruch damit stehende Vereinbarung des Spediteurs mit dem Empfänger würde den Versender berechtigen, die Spedition abzulehnen. Bei demonstrativer Weisung kann der Spediteur unter den Voraussetzungen des B.G.B. § 665 auch mit dem Empfänger paktiren (also möglichst nach vorgängiger Benachrichtigung des Versenders, vgl. dazu den Fall bei Busch XXIII S. 44 ff.), fehlt es überhaupt an einer Weisung, so wird der Spediteur das Recht haben, den Anweisungen des Empfängers Folge zu leisten, falls er bei Anwendung der nöthigen Sorgfalt die Ueberzeugung erlangt, daß er damit auch das Interesse des Versenders fördert oder doch nicht schädigt.

Hat endlich der Versender den Spediteur direkt beauftragt, mit dem Empfänger zu paktiren, z. B. die Kosten (Spesennachnahme nach Eingang) oder den Kaufpreis, (Werthnachnahme nach Eingang) von ihm einzuziehen, so ist der Spediteur sogar verpflichtet, der Weisung Folge zu leisten und darf nur unter den Voraussetzungen des B.G.B. § 665 abweichen. Solch' Auftrag kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, es gilt sogar als Handelsgebrauch, daß der Empfänger im Zweifel bei Ablieferung der Waaren die Tranportkosten bezahlt, daß somit als stillschweigender Inhalt des Speditionsauftrages anzusehen ist, daß der Spediteur die Spesen vom Empfänger per Nachnahme einziehen soll. In allen Fällen nun würde, soweit dem Spediteur gegen den Empfänger Ansprüche aus mit letzterem abgeschlossenen Geschäften erwachsen, § 392 für den Versender zur Anwendung gelangen, wobei freilich in Betracht zu ziehen ist, daß der Spediteur seinerseits meist von § 399 Gebrauch machen wird. Dabei ist aber Voraussetzung, daß der Spediteur mit dem Empfänger wirklich ein Geschäft abgeschlossen hat, sei es mit ausdrücklichen Worten, sei es durch konkludente Handlungen. Unter den letzten Fall wird hinsichtlich der Kosten zu zählen sein die vorbehaltlose Annahme der vom Spediteur ausgelieferten Waare durch den Empfänger. Denn obwohl § 436 auf das Verhältniß des Empfängers zum Spediteur nicht zu beziehen ist[1]) (R.G. bei Holdheim VI S. 119), so wird die Auslieferung des Gutes an den Empfänger als Offerte des Spediteurs zur Zahlung der Kosten, die vorbehaltlose Annahme des Speditionsgutes durch ihn unter regelmäßigen Umständen kaum anders zu deuten sein, als daß er sich damit verpflichte, in Gemäßheit der Zahlungsanweisung des Absenders die Kosten zu zahlen (Burchard S. 198 ff., Knittel S. 65),[2]) daß er also die Offerte des Spediteurs acceptire.

Nr. 16. b) Der **Frachtführer** beziehungsweise **Verfrachter**. Die Anwendbarkeit des § 392 ist hier unmittelbar gegeben. Denn der Abschluß des Vertrages mit dem Frachtführer ist ja gerade die Ausführung der Spedition. Wie nur der Spediteur gegen den Frachtführer auftreten kann, der Versender der Abtretung der Ansprüche durch den Spediteur bedarf, um seinerseits gegen den Frachtführer aufzutreten (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XV S. 308), so gilt hinsichtlich der Einreden des Frachtführers gegenüber dem Spediteur das Gleiche, wie beim Kommissionär (bei § 392 Nr. 1). Daß der Spediteur bei Geltendmachung der Rechte aus dem Transportvertrage das Interesse des Versenders mit in Anschlag bringen kann, steht nicht in Widerspruch hiermit, denn immer macht er damit sein eigenes Interesse geltend (R.O.H.G. XI S. 259, XIV S. 400, XX S. 193, R.G.E. XXVII S. 126, vgl. bei § 392 Nr. 1). Dagegen gelten die Forderungen des Spediteurs aus dem Transportgeschäft gegen Frachtführer, Verfrachter oder Zwischenspediteure nach Innen als Forderungen des Versenders (vgl. darüber bei § 392 Nr. 2). Von sachenrechtlichen Verhältnissen kann hier keine Rede sein.

Nr. 17. c) Es können auch weitere Dritte in Betracht kommen, z. B. das Lagerhaus, bei dem der Spediteur das Gut einlagert (R.O.H.G. XV S. 264.)

IV. Das ältere Recht stimmt überein (Art. 379, 387).

---

[1]) Ebensowenig § 438. Vgl. R.O.H.G. VIII S. 195, XXIV S. 289.

[2]) Dadurch geht aber die Forderung des Spediteurs gegen den Versender nicht unter, der Versender haftet auch nicht etwa bloß subsidiär, er kann nicht verlangen, daß der Spediteur erst den Empfänger ausklage, er haftet vielmehr auf Grund des Speditionsvertrages (Knittel S. 66). Er kann sich nur darauf berufen, daß der Spediteur seiner Weisung, den Empfänger anzugeben, nicht Folge geleistet habe. Umgekehrt wird der Empfänger, wenn er die Speditionskosten bezahlt, auch Rechnungslegung verlangen können (Adler-Clemens Nr. 680).

Digitized by Google

§ 408.

Der Spediteur hat die Versendung, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Versenders wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Der Spediteur ist nicht berechtigt, dem Versender eine höhere als die mit dem Frachtführer oder dem Verfrachter bedungene Fracht zu berechnen.

Entw. I § 382, II § 400; Denkschr. I S. 244, II S. 3257; A. D.H.G.B. Art. 380, 381 Abs. 2, 383.

Der § 408 Abs. 1 formulirt die dem Spediteur aus dem Speditionsvertrage erwachsenen Verpflichtungen gegenüber dem Versender in allgemeinen, sich an den § 384 Abs. 1 anschließenden Wendungen. Abs. 2 hebt eine spezielle Verpflichtung (Frachtberechnung) hervor. Da sich außer § 408 für den Fall der normalen Spedition weitere Sätze über die Pflichten des Spediteurs in diesem Abschnitt nicht finden, so ist im Einzelnen auf die Vorschriften des dritten Abschnittes (§§ 384—390, 393, 394) zurückzugehen, von denen freilich nicht alle auf den Spediteur anwendbar sind. Nr. 1

I. **Pflichten des Spediteurs.** Wie dem Kommissionär, so liegt dem Spediteur die gewissenhafte Ausführung der übernommenen Spedition ob; da Inhalt dieser die Besorgung der Güterversendung ist, so hat er die Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen. Daß er dies gethan hat, hat er zu beweisen (Busch XXIV S. 104). Dabei hat er sich an die gemessene Weisung des Versenders strikt zu halten; weicht er von dieser ab, so hat er nicht die übernommene Versendung, sondern etwas anderes ausgeführt. Er kann sich nicht einmal darauf berufen, daß er vom Versender Schaden abgewendet hat. Der Versender kann die Ausführung, als nicht für seine Rechnung geschehen, ablehnen. Hat der Versender nur demonstrative Weisung ertheilt — was auch hier im Zweifel anzunehmen ist —, so ist der Spediteur berechtigt, davon abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Versender bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Doch hat er — falls nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist — vor der Abweichung dem Versender Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten (B.G.B. § 665, vgl. dazu R.O.H.G. VII S. 305 und Meier in Busch XXX S. 57 ff.). Hat der Versender ihm gar freie Hand in gewissem Umfange gelassen, so hat er die Ausführung in der dem muthmaßlichen Willen und den Interessen des Versenders entsprechenden Weise vorzunehmen. Nr. 2.

Die beiden letzten Alternativen werden insbesondere praktisch werden, wenn der Empfänger seinerseits dem Spediteur gegenüber mit Wünschen oder Anweisungen auftritt. An sich braucht der Spediteur — falls der Versender ihn nicht ausdrücklich oder stillschweigend damit beauftragt hat — den Weisungen des Empfängers nicht Folge zu leisten. Ist er jedoch der Meinung, daß er damit die Interessen des Versenders fördert, so ist er berechtigt, unter Umständen sogar dem Versender gegenüber verpflichtet, auf die Wünsche des Empfängers einzugehen. Trifft er demgemäß mit dem Empfänger Vereinbarungen, die für ihn Verpflichtungen erzeugen, z. B. über die Art des Beförderungsmittels, so kann in dem Abschluß solcher Vereinbarung eine Ausführung der übernommenen Spedition liegen; dies ist von Wichtigkeit, weil das freie Widerrufsrecht des Versenders hinsichtlich der Spedition von nun ab ausgeschlossen und das Recht, Weisungen zu ertheilen, von nun ab beschränkt ist, die Spedition ist bereits ausgeführt. Doch gilt dies wohlgemerkt nur insoweit, als der Abschluß der Vereinbarung mit dem Dritten nicht in Widerspruch mit der übernommenen Spedition steht (Burchard S. 158 ff.). Letztere geht stets vor, selbst wenn der Vertrag mit dem Empfänger vom Spediteur vor dem Speditionsvertrag geschlossen war (Grünhut bei Endemann III S. 273).

Die Ausführung der Versendung besteht vor Allem in dem Abschluß des Frachtvertrages mit dem Frachtführer, beziehungsweise Verfrachter, und, wenn es erforderlich ist, mit dem Zwischenspediteur. Aber zur Ausführung der Versendung gehören alle weiteren Handlungen, die die Güterversendung durchführen sollen, insbesondere die Empfangnahme und Verwahrung des vom Absender übergebenen Gutes (Bolze XVII Nr. 391), sowie die demnächstige Uebergabe des Speditionsgutes an den Frachtführer, die richtige Deklaration des Gutes für die Zollbehörden (Busch IV S. 383), Nr. 3.

Digitized by Google

möglicherweise die Besorgung der Verpackung, die Zeichnung des Gutes (Seuffert LII Nr. 175), dessen Werthsdeklaration (R.G.E. XXVIII S. 141, vgl. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche Nr. 641), ferner die Sorge dafür, daß der Empfänger rechtzeitig die erforderlichen Dokumente (insbesondere Konnossemente und Ladescheine) erhält, um sich sofort bei der Ankunft des Gutes als Empfänger zu legitimiren (R.G.E. XIII S. 63), möglicherweise, wo dies üblich ist, die Avisirung des Gutes an den Adressaten (R.O.H.G. XII S. 389), also entweder an den Destinatär oder an den Zwischenspediteur (Grünhut bei Endemann III S. 272), ferner die Wahrnehmung der Rechte des Versenders gegenüber den das Gut ihm überbringenden Frachtführern, die Sorge für Einziehung der Transportkosten vom Empfänger; kraft besonderer, deshalb vom Versender event. zu beweisender Vereinbarung auch die Sorge für Versicherung des Gutes — denn an sich ist der Spediteur zur Versicherung nicht verpflichtet (Busch IX S. 352, X S. 273, Adler-Clemens Nr. 95, vgl. §§ 407 Abs. 2, 390 Abs. 2); ferner die Einziehung des Kaufpreises (Werthnachnahme nach Eingang) vom Adressaten u. s. w. Auch Rath- und Auskunftsertheilungen können, wie beim Kommissionär, in Frage kommen (z. B. hinsichtlich des Verkehrsweges).

Nr. 4. Die Ausführung hat gewissenhaft zu erfolgen, der Spediteur hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Versendung auszuführen. Indem das Gesetz dies allgemein ausspricht, stellt es den Maßstab der von ihm zu prästirenden Sorgfalt für alle Handlungen, die ihm als Spediteur, sei es kraft Gesetzes, sei es kraft besonderer Vereinbarung, obliegen, einheitlich fest — was sich auch hier ohnehin aus § 347 Abs. 1 ergeben würde. Wie dem Kommissionär liegt ihm der Exkulpationsbeweis ob (B.G.B. § 282), in welcher Hinsicht auf das beim Kommissionär Vorgetragene zu verweisen ist (vgl. bei §§ 384 Nr. 8, 390 Nr. 6). Die Ausführung liegt ihm, wie dem Kommissionär, im Zweifel persönlich ob. Doch kann es ihm gestattet sein, einen Substituten (Unterspediteur) zu bestellen. Bedient er sich bei Ausführung der Versendung der Hilfe seines Personals oder dritter Personen (z. B. Ewerführer), so hat er deren Verschulden in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten (B.G.B. § 278). — Die Ausführung hat zu der vom Versender bestimmten Zeit, in Ermangelung solcher, unverzüglich zu erfolgen. Zu versenden ist das Gut, mangels anderer Anweisung, mit gewöhnlicher Beförderung, es sei denn, daß der Spediteur nach gewissenhafter Ueberlegung zu der Meinung gelangt, Eilfracht sei geboten (R.O.H.G. XI S. 88, Burchard S. 305, Dove-Apt S. 162). Insbesondere erstreckt sich die Pflicht, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vorzugehen:

Nr. 5. a) Auf die **Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure.** Der Spediteur haftet nicht für die von ihm angenommenen Transporteure unbedingt, als Garant, wie nach französischem Recht, sondern nur für culpa in eligendo, es sei denn, daß er durch Vertrag oder nach Ortsgebrauch Delkredere übernommen hat (§ 394). Hat er also die Güter zum Transport solchen Frachtführern oder Zwischenspediteuren übergeben, gegen deren Geschicklichkeit und Zuverlässigkeit kein Bedenken obwaltet, so hat er für den Schaden, den der Frachtführer oder Zwischenspediteur dem Speditionsgut zufügt, nicht aufzukommen. Er kann den Versender einfach an den Frachtführer verweisen (Burchard S. 315, 316, Seuffert VII Nr. 224, V Nr. 306, R.O.H.G. VII S. 306, XII S. 381, XVI S. 349, Busch XXXVII S. 350, XXIX S. 382, Bolze IV Nr. 641). Demgemäß haftet er auch nicht für Sorgfalt des Zwischenspediteurs in Auswahl des zweiten Zwischenspediteurs (Busch XI S. 13). Er hat auch keine Verpflichtung, die Verladung zu überwachen, wenn der Frachtführer diese vornimmt (Busch V S. 331).

Nr. 6. Seine Sorgfalt bei Auswahl des Frachtführers hat sich einmal auf die Persönlichkeit des Frachtführers zu erstrecken; er hat einen pünktlichen und verläßlichen Frachtführer auszuwählen; daß dieser auch hinreichendes Vermögen besitzt, um etwaigen Ersatz leisten zu können, ist nicht gerade unbedingt nothwendig (Busch X S. 273 ff.), ebensowenig, daß er gewerbsmäßiger Frachtführer ist. Umgekehrt genügt er seiner Pflicht nicht schon dadurch, daß er einen gewerbsmäßigen Frachtführer wählt, er hat vielmehr nur einen als solid und tauglich bekannten Frachtführer zu wählen (ebenda). Dabei hat er möglichst das Interesse des Versenders zu berücksichtigen, so wenn durch Wahl eines Schiffes bestimmter Nationalität dem Versender Vortheile oder Nachtheile entstehen (Burchard S. 318). — Sie hat sich sodann auf die Tauglichkeit des Beförderungsmittels zu erstrecken, was insbesondere beim Seetransport von Bedeutung ist (zur Kasuistik O.L.G. Hamb. in Z. XL S. 532, H.G.Z. XI S. 63: offene Wagen, statt geschlossene). Und endlich hat er hinsichtlich des Abschlusses des Frachtvertrages die richtige Sorgfalt zu prästiren. Er darf den Vertrag nicht unter

Digitized by Google

Bedingungen eingehen, die seinen Versender schädigen, zumal mit Klauseln, die die Haftung des Frachtführers für Schadensersatz ausschließen. Sonst hat er dem Versender für den dadurch entstehenden Schaden aufzukommen, sofern er nicht beweist, daß es ihm trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht möglich gewesen sei, zu anderen Bedingungen abzuschließen; die bloße Ueblichkeit des Gebrauches solcher Klauseln befreit ihn noch nicht (R.O.H.G. XXV S. 225, vgl. auch O.L.G. Hamb. in Z. XL S. 534, H.G.Z. XI S. 207). — Hat ihm der Versender die Persönlichkeit des Frachtführers vorgeschrieben, so entfällt natürlich seine Haftung. Doch ist er auch dann verpflichtet, auf ihm bekannte Umstände, die die Wahl dieses Frachtführers gefahrbringend erscheinen lassen, den Versender aufmerksam zu machen (zu allen Burchard S. 318 ff.). — Wieweit er einen Zwischenspediteur annehmen darf, hängt von der Lage des Falles ab. Insbesondere wird solche Annahme bei größeren Entfernungen geboten sein, nicht dagegen z. B. bei Besorgungen des Transportes der Waare von der Bahn in das Schiff (O.L.G. Hamb. in H.G.Z. VIII S. 209). Hat ihm der Versender die Annahme verboten, so muß er davon absehen, solch' Verbot liegt aber noch nicht in der bloßen Angabe der Adresse des Destinatärs (R.O.H.G. XII S. 386), wohl aber in dem Auftrag, die Waaren prompt an den Destinatär zu versenden (O.L.G. Frankfurt in Z. XL S. 533). — Bei der Anzeige von der Ausführung der Spedition hat er den Frachtführer, mit dem er kontrahirt hat, dem Versender anzugeben, sonst haftet er dem Versender persönlich für die Erfüllung des Frachtgeschäftes (§ 407 Abs. 2, § 384 Abs. 3). Doch wird diese Vorschrift da cessiren, wo die Persönlichkeit des Frachtführers oder des Transporteurs von vornherein feststand, so häufig bei Bahnen — oder, wo nach der Sachlage kein Zweifel daran bestehen kann, daß der eine Transporteur ebensolche Garantien für die Erfüllung des Geschäfts bietet, wie der andere, es vielmehr höchstens die Reiseroute ist, über die Zweifel entstehen können. Hier wird ein stillschweigender Verzicht des Versenders auf die ihm gleichgültige Angabe anzunehmen sein. (Weitergehend Staub § 408 Anm. 28, der § 384 Abs. 3 überhaupt nicht für anwendbar erachtet.)

Hat ihm der Versender ein Limito für die Fracht gesetzt, so darf er dies nicht zum Nachtheil des Versenders überschreiten, sonst kann der Versender das Geschäft in Gemäßheit des § 386 ablehnen. Erbietet sich der Spediteur zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Speditionsvertrages zur Deckung des Unterschiedes, so ist der Versender zur Zurückweisung nicht berechtigt. Dagegen darf er das Limito zum Vortheil des Versenders überschreiten, sofern die Interessen des Versenders (z. B. hinsichtlich der Tüchtigkeit des Frachtführers, der Schnelligkeit des Transportes) auch dabei ihre Rechnung finden. Er ist verpflichtet, dem Versender dann die bedungene billigere Fracht in Rechnung zu setzen und darf nicht die Differenz in seine Tasche stecken (§ 408 Abs. 2). Selbst wenn die bedungene Fracht unter der üblichen Fracht bleibt, darf er nicht die Differenz für sich behalten (anders zum Theil das alte H.G.B. Art. 383). Dies gilt auch dann, wenn er die Versendung mittelst von ihm für eigene Rechnung gemietheter Transportmittel besorgt oder wenn er sonst die Verfügung über das Transportmittel hat. Für den Fall der Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten greift § 413 Platz, ebenso für den Sammelladeverkehr. Nr. 7.

b) Auf die **Empfangnahme und Aufbewahrung** des Speditionsgutes. Hier gelten einfach die Vorschriften der §§ 388—390. Vgl. im Einzelnen Burchard S. 203 ff. Insbesondere wird der Spediteur vorsichtshalber, auch wenn die Umstände des Falls dazu keine Veranlassung bieten, darauf achten müssen, daß ihm nicht andere Güter als die zu versendenden übergeben werden und wird die Feststellung der Quantität des empfangenen Gutes gegenüber dem an ihn abliefernden Frachtführer vornehmen lassen, da er bei nachträglich sich herausstellendem Manko auch den Nachweis zu führen hat, daß das Manko ohne sein Verschulden entstanden ist (R.O.H.G. VIII S. 198, XV S. 378, XX S. 232 ff., O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 533). Ebenso würde er haften, wenn er das Gewicht zu hoch angiebt und dadurch den Versender zur Zahlung eines höheren Kaufgeldes an den Verkäufer veranlaßt (Busch XX S. 264). Wird ihm eine Kiste übergeben, deren Inhalt nicht vermerkt ist, so hat er sich nach dem Inhalt zu erkundigen (Dove-Apt S. 168). Nr. 8.

c) Auf die **Wahl des geeigneten Verkehrsweges**, sofern ihm der Versender nicht eine bestimmte Reiseroute vorgeschrieben hat. Würde dem Versender durch schuldhafte Wahl eines falschen Verkehrsweges Schade entstehen, so hat er diesen zu ersetzen (vgl. Bolze VIII Nr. 437 und dazu Burchard S. 128, 129). Auch den regelmäßigen Transportweg darf er dann nicht benutzen, wenn dem Versender dadurch Nr. 9.

Digitized by Google

Schade droht (z. B. durch Konfiskation des Gutes, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 236). Auch für mangelnde Kenntniß fremden Rechts kann er u. U. verantwortlich gemacht werden, doch darf nicht schlechthin die Kenntniß auswärtiger Gesetze bei ihm vorausgesetzt werden, sondern nur die Kenntniß solcher, die mit Bezug gerade auf seine spezielle Thätigkeit eine Rolle spielen (vgl. Burchard S. 131 ff., O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 532, XXXVIII S. 236). Auch die zur Güterversendung im Ausland erforderlichen Legitimationspapiere hat er zu beschaffen.

Nr. 10. d) Der Spediteur hat den **Anweisungen des Versenders Folge zu leisten** und zwar nicht bloß den bei Abschluß des Speditionsvertrages, sondern auch den nachträglich ertheilten Weisungen, soweit sie nicht in Widerspruch mit der Uebernahme der Spedition stehen. Insbesondere darf er, wenn er zugleich ein Einkassirungsmandat vom Versender erhalten hat, wenn also dessen Weisung dahin geht, daß er vom Empfänger die Transportkosten per Nachnahme einziehen oder gar nur gegen Zahlung der Werthnachnahme ausliefern soll, nicht davon abweichen. Thut er dies, so macht er sich regreßpflichtig, ja der Versender kann die Spedition ablehnen (§ 385). Uebrigens kann der Versender die ursprünglich ertheilten Weisungen nachträglich frei ändern, so gut er widerrufen kann — solange nicht die Spedition ganz oder theilweise ausgeführt ist. Daß solche Ausführung u. U. aber schon in dem Abschluß von Verträgen mit dem Destinatär liegen kann, ist oben bemerkt worden (vgl. auch R.O.H.G. XX S. 195). Hatte insbesondere der Versender den Spediteur beauftragt, das Gut zur Verfügung des Destinatärs zu halten, so kann er die Weisung solange ändern, als nicht der Spediteur dem Destinatär gegenüber die verpflichtende Erklärung abgegeben hat, ihm die Waare auszufolgen (R.G.E. XIV S. 152, 153). Handelt der Spediteur nicht gemäß den Weisungen des Versenders, so treten die Folgen des § 385 ein (anders zum Theil Burchard S. 307).

Nr. 11. e) Der Spediteur hat bei der Ausführung der Spedition möglichst das **Interesse des Versenders wahrzunehmen.** Mit der Uebergabe des Frachtgutes an den Frachtführer wird er dieser Verpflichtung nicht ledig, er muß vielmehr den Frachtführer weiter überwachen (anders Busch XIX S. 179) und ihm die nöthigen Anweisungen, z. B. hinsichtlich der Auslieferung des Gutes an den Destinatär ertheilen (O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 531, H. G.Z. XI S. 155). Er darf nicht die Duplikate der Begleitscheine unlegitimirten Dritten übergeben und haftet, wenn diese daraufhin sich in den Besitz des Gutes setzen (R.O.H.G. XVI S. 349), er hat das an ihn wieder zurückgelangende Gut gehörig in Empfang zu nehmen und zu verwahren u. s. w. — In Vorschuß zu gehen ist er nicht verpflichtet. Leistet er dem Frachtführer oder Zwischenspediteur ohne Zustimmung des Versenders Vorschuß, so handelt er auf eigene Gefahr (§ 393 Abs. 1).

Nr. 12. f) Der Spediteur hat dem **Versender die erforderlichen Nachrichten zu geben,** insbesondere unverzüglich von der Ausführung der Spedition, von der Verweigerung der Annahme der Frachtgüter seitens des Empfängers, der Nichteinlösung der Nachnahme u. s. w., Anzeige zu machen. Er ist verpflichtet, dem Versender über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm das aus der Geschäftsbesorgung Erhaltene, z. B. den Nachnahmebetrag, herauszugeben, soweit er sich nicht selbst daraus zu befriedigen berechtigt ist (darüber bei § 410). Dahin gehört auch der Lagerschein, wenn das Gut auf Lager gebracht ist (R.O.H.G. XV S. 264).

Nr. 13. g) Vertragswidrigkeiten des Spediteurs ziehen dieselben Folgen nach sich, die bei Vertragswidrigkeiten des Kommissionärs entstehen. Der § 408 beschränkt sich lediglich darauf, die Pflichten des Spediteurs hervorzuheben, ohne eigenthümliche Rechtsfolgen aufzustellen. Je nach der Lage des Falles wird der Versender also auf Ersatz des ihm entstehenden Schadens beschränkt sein[1]) oder auch in der Lage sein, die Ausführung der Spedition abzulehnen (§ 385); hinsichtlich des Rückweisungsrechtes können auch die besonderen Bestimmungen des § 386 in Betracht kommen. Was den Schadensersatz betrifft, so kann der Versender in Ermangelung besonderer Handelsgebräuche

[1]) Nimmt in Folge schuldhafter Verspätung des Spediteurs der Käufer-Adressat die Waaren nicht ab und tritt er vom Kaufvertrage zurück, so kann unter Umständen der Schadensersatz in der Weise liquidirt werden, daß der Versender Zahlung des Fakturapreises gegen Ueberlassung des Gutes an den Spediteur verlangt, zumal dann, wenn in Folge der langen Lagerung beim Spediteur die Güter verdorben sind und es dem Versender nicht zuzumuthen ist, daß er sie herausforderte, selbst zu verkaufen suche und die Differenz vom Spediteur einfordere (R.G.E. XXXVIII S. 18).

Digitized by Google

(vgl. solchen z. B. bei Adler-Clemens Nr. 444) vollen Ersatz des ihm durch die Vertragswidrigkeit erwachsenen Schadens berechnen, er ist keineswegs auf den Ersatz des gemeinen Handelswerthes beschränkt, wie gegenüber dem Frachtführer (Adler-Clemens Nr. 369). Hinsichtlich der Berechnung des Schadens greifen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts Platz, insbesondere hinsichtlich der compensatio lucri et damni, vgl. dazu R.G.E. X S. 50, XVII S. 47 f. Ueber Culpa — Kompensation B.G.B. § 254. Mittheilung des Absenders an den Spediteur von der erfolgten Versicherung befreit den Spediteur nicht von der Haftpflicht (O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 533).

h) Erweist sich das Speditionsgeschäft als unausführbar oder verweigert der Empfänger die Empfangnahme, so hat der Spediteur gegen den Versender Anspruch darauf, daß dieser ihm das Speditionsgut wieder abnehme (Burchard S. 310). Weigert der Versender die Abnahme, so kann der Spediteur von § 389 Gebrauch machen, er kann aber auch nach bürgerlichem Recht wegen Annahmeverzuges des Versenders vorgehen, ja er kann auch gegen den Versender wegen Leistungsverzuges (da dieser zur Rücknahme verpflichtet ist) die ihm nach bürgerlichem Recht zustehenden Rechtsmittel anwenden. Vgl. über alles dieses bei § 389. Nr. 14.

i) Die Haftung des Spediteurs kann durch Vertrag erweitert und eingeengt werden, letzteres sowohl der Höhe des zu ersetzenden Schadens als dem Grade der Sorgfalt nach (Busch XII S. 205). Insbesondere kommt dies vor bei Kontrahirung mit großen Speditionsanstalten, die ihre allgemeinen Bedingungen aufstellen (vgl. R.G.E. XIII S. 77). Doch ist natürlich das pactum, ne dolus praestetur unzulässig. Hat der Versender dem Spediteur den Werth des Gutes deklarirt, so kann darin eine Limitirung des Schadensersatzes liegen, möglicherweise aber auch nur eine Information des Spediteurs, für die Abschließung des Fracht- oder Versicherungsvertrages (v. Hahn zu Art. 380 § 7). Nr. 15.

II. Das alte Recht stimmte im Ganzen überein (Art. 380, 381 Abs. 2). Nur enthielt es eine Abweichung. Nach Art. 383 konnte der Spediteur, der die Versendung durch den Frachtführer mittelst für eigene Rechnung gemietheten Transportmittels besorgte, die gewöhnliche Fracht berechnen. Dies hat für alle vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Speditionsverträge zu gelten. Im Uebrigen vgl. bei § 413.

§ 409.

Der Spediteur hat die Provision zu fordern, wenn das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist.

Entw. I § 383, II § 401; Denkschr. I S. 245, II S. 3257.

1. Der Spediteur hat gleich dem Kommissionär (§ 396) **Anspruch auf die Provision** auch ohne besondere Vereinbarung. Dies ist auch bei ihm Ausfluß des in § 354 aufgestellten Satzes. Der Anspruch steht ihm nur gegenüber dem Versender, nicht gegenüber dem Empfänger zu. Freilich kann ihm der Versender den Auftrag ertheilt haben, den Betrag vom Empfänger einzuziehen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend (siehe oben § 407 Nr. 15). Aber darin liegt nur, daß er versuchen soll, den Betrag vom Empfänger zu erlangen und daß er die Güter nicht eher ausliefern solle, andernfalls dem Versender den durch sein Verschulden entstandenen Schaden zu ersetzen habe (v. Hahn § 2 zu Art. 381, R.O.H.G. XIX S. 217, Knittel S. 65, 66, vgl. auch bei § 442). Aber einen Anspruch gegen den Empfänger hat der Spediteur damit nicht. Doch ist es möglich, daß er vom Empfänger ebenfalls einen Speditionsauftrag erhalten hat oder daß dieser sich ihm gegenüber zur Zahlung der Provision verpflichtet hat. Ueber die Höhe der Provision gilt das bei § 396 Bemerkte. Nr. 1.

Der Anspruch ist — sofern nicht ein Anderes vereinbart ist — erworben, wenn das Gut dem Frachtführer zur Beförderung übergeben ist. Es genügt also nicht Abschluß des Frachtvertrages und es ist andererseits nicht Vollendung des Transportes, insbesondere Ablieferung an den Empfänger nothwendig. Die Uebergabe muß an den Frachtführer auf Grund des Abschlusses des Frachtvertrages erfolgt sein, es muß die Haftung des Frachtführers also nach §§ 429, 456, 606 eingetreten sein. Für die bloße Aufbewahrung des Gutes hat der Spediteur keinen Anspruch auf Provision. Tritt der Frachtführer nach Uebergabe des Gutes an ihn die Reise gar nicht an, so wird damit der Anspruch auf die Provision nicht hinfällig, ebensowenig, wenn der Versender Nr. 2.

Digitized by Google

nachher die Spedition widerruft, oder wenn das Gut beim Frachtführer untergeht. — Hatte der Spediteur den Frachtvertrag mit dem Frachtführer abgeschlossen und unterbleibt die Uebergabe des Gutes an den Frachtführer aus einem lediglich in der Person des Versenders liegenden Grunde, so bleibt ihm der Anspruch auf die Provision (§ 407 Abs. 2, § 396 Abs. 1 a. A. Staub § 409 Anm. 2). — Auch Auslieferungsprovision kann bei ihm ortsüblich sein (Koch bei Busch II S. 464).

Nr. 3. Der Anspruch des Spediteurs auf die Provision unterliegt der kurzen zweijährigen Verjährung des B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 1, wenn nicht auch für den Versender das Geschäft ein Handelsgeschäft ist; letzterenfalls greift die vierjährige Verjährung Platz (B.G.B. § 196 Abs. 2).

Nr. 4. 2. Der Spediteur ist, so wenig wie der Kommissionär, an sich verpflichtet, für den Versender oder an den Versender[1]) in **Vorschuß** zu gehen (Burchard S. 358), er kann vielmehr von dem Versender Deckung beanspruchen. Erhält er keine Deckung, so kann er die Ausführung der Spedition unterlassen, eine selbständige Klage auf Leistung des Vorschusses hat er vor Abschluß des Vertrages mit dem Frachtführer nicht (vgl. bei § 396). Leistet er freiwillig Vorschuß, so kann er den Vorschuß mit Zinsen vom Tage der Leistung ab ersetzt verlangen, vorausgesetzt, daß er eine wirkliche fällige Schuld bezahlt und er nicht entgegenstehende Weisungen erhalten hat (Burchard S. 359, 360). Der bloße Umstand, daß faktische Ansprüche hervortreten, genügt nicht; hat der Empfänger ein Recht darauf, in den Besitz der Güter ohne Befriedigung jener Ansprüche zu gelangen, so darf der Spediteur nicht Vorschüsse machen, er muß sich dann vorher Weisungen einholen (R.O.H.G. XX S. 189). Ebenso kann er die **sonstigen Aufwendungen** ersetzt verlangen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte (B.G.B. § 670, z. B. von der Steuerbehörde erhobene Zölle, R.O.H.G. II S. 314, Krahngelder, Wägegebühren, Verpackungskosten, Mäklergebühr, Briefporto Grünhut S. 549). Möglicherweise wird für alles dies ein Pauschquantum vereinbart, so daß er das Mehr dann selbst zu tragen hat (Bolze XIV Nr. 372). — Dahin gehört auch hier der Anspruch auf Lagergeld und auf Vergütung für gewährte Beförderungsmittel (§§ 407 Abs. 2, 396 Abs. 2). — Er kann ferner Befreiung von den ihm gegenüber dem Frachtführer oder Dritten (z. B. dem Lagerhaus) übernommenen Verbindlichkeiten (R.O.H.G. XIII S. 9), endlich Ersatz des ihm durch die Ausführung der Spedition entstandenen Schadens (z. B. Zollkontraventionsstrafe, weil der Versender unrichtig oder unvollständig deklarirt hat, Grünhut S. 551, R.G.E. XXVI S. 109, Bolze XII Nr. 394, Adler-Clemens Nr. 1680) oder ihn zu unrichtiger Deklaration veranlaßt hat (Busch IV S. 383), fordern. In allen diesen Beziehungen vgl. bei § 396 Nr. 9—14.

Nr. 5. 3. Das alte H.G.B. enthielt die Bestimmung des § 409 nicht, doch wurde sie schon damals als Rechtens angesehen.

§ 410.

Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er es noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Entw. I § 384, II § 402; Denkschr. I S. 245, 210, II S. 3257, 3242; A. D. H.G.B. Art. 382 Abs. 1.

Nr. 1. Der § 410 stellt die Voraussetzungen des **gesetzlichen Pfandrechts** des Spediteurs in vom § 397 abweichender Gestaltung fest. Da die Spedition eine Unterart der Kommission ist, so würden an sich die §§ 397, 398 auf sie Anwendung finden (§ 407 Abs. 2). In der That gilt dies auch insoweit, als es sich um die Anwendung des § 398 (Befriedigung aus dem Pfandgute) handelt; nur ist der Fall, daß der Spediteur Eigenthümer des Speditionsgutes ist (§ 398), hier praktisch ausgeschlossen. Die Be-

[1]) Letzteres kommt im Handel dann vor, wenn der letzte Empfänger der Käufer, der Versender der Verkäufer ist. Hier läßt sich der Versender vom Spediteur häufig den Kaufpreis als Vorschuß (Werth-Nachnahme im Voraus) geben und weist den Spediteur wegen Ersatz an den Empfänger (Grünhut, Commissionsg. S. 557, 558. Knittel, Die Nachnahme im Speditions- und Frachtgeschäft 1886 S. 2, 9).

Digitized by Google

sonderheit, die hier gilt, betrifft nur die Voraussetzungen des gesetzlichen Pfandrechts, die engere sind, als beim Kommissionär. Im Ganzen ist somit auf die §§ 397, 398 zu verweisen. Im Einzelnen gilt:

1. Auch hier handelt es sich um ein wirkliches **Pfandrecht**, nicht ein bloßes Zurückbehaltungsrecht. Ueber letzteres siehe unten Nr. 10. Im Konkurse macht es sich als Absonderungsrecht geltend (R.K.O. § 49 Abs. 1 Nr. 2). Es geht dem Verfolgungsrecht des Versenders vor (R.O.H.G. X S. 80, XXIV S. 348). Nr. 2.

2. Das Pfandrecht besteht nicht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Speditionsgeschäften, sondern nur **wegen der Forderungen aus diesem Speditionsgeschäft**, d. h. aus demjenigen Speditionsgeschäft, auf Grund dessen das Pfandobjekt in den Besitz des Spediteurs gelangt ist. Als solche Forderungen zählt das Gesetz auf: die Forderungen auf die Fracht, d. h. auf Zahlung der dem Frachtführer schuldigen Fracht, sei es, daß der Spediteur von dem Frachtführer das Gut entgegengenommen hat (§§ 436, 614), sei es, daß er mit dem Frachtführer den Frachtvertrag abgeschlossen und in Folge Weisung des Versenders das Gut nicht abgehen ließ, — die Forderungen auf die Provision (§ 409), auf Ersatz der Auslagen, Verwendungen und Vorschüsse (einschließlich der Werthnachnahme), sofern sie nur auf das Speditionsgut geleistet sind. Sonstige Darlehen gehören nicht hierher. Aber diese Aufzählung ist nicht erschöpfend. So würden auch die Forderungen auf Ersatz des dem Spediteur durch die Ausführung der Spedition erwachsenen Schadens, z. B. der Zollkontraventionsstrafe, dahin gehören (vgl. bei § 409 Nr. 4). Alle Forderungen, die der Spediteur als solcher gegen den Versender aus diesem Speditionsgeschäft hat, gehören hierher. Es muß nur Konnexität zwischen Anspruch und Güterversendung vorliegen (Anschütz und v. Völderndorff III S. 402) und es muß die Forderung wirklich gegen den Versender bestehen. Die bloße Thatsache der Vorschußleistung genügt nicht.[1]) Ebensowenig genügt, daß die Forderung nur gegen einen Dritten besteht, z. B. den Empfänger (Adler-Clemens Nr. 1024), zu dem der Spediteur gar nicht als solcher rechtliche Beziehungen hat. Auch muß der Spediteur sie gegen den Versender in seiner Eigenschaft als Spediteur haben, nicht in sonstiger Eigenschaft, z. B. nicht als Lagerhalter (diesenfalls greift § 421 Platz), als Cessionar eines Dritten (vgl. jedoch § 411), nicht insoweit er vom Selbsteintrittsrecht nach § 412 Gebrauch machend als Frachtführer Ansprüche hat (dann greift das Pfandrecht des § 440 Platz, vgl. jedoch bei § 412). Wohl aber würde dahin gehören, wenn er Delkredere steht. Nr. 3.

3. Das Pfandrecht besteht am **Speditionsgut**, sei es, daß er dieses vom Versender erhalten oder nachträglich vom Empfänger zurückerhalten hat: Speditionsgut ist dasjenige Gut, dessen Versendung auf Grund dieses Speditionsvertrages erfolgen sollte. Nicht nothwendig ist, daß das Gut in seine Hand gelangt war, als der Anspruch entstand (Burchard S. 371), und umgekehrt ist es gleichgültig, ob die Spedition thatsächlich ausgeführt oder nachher widerrufen wird. Ist das Gut einmal Speditionsgut geworden, so untersteht es dem Pfandrecht auch dann, wenn der Speditionsvertrag nachher sein Ende nimmt. Ueber den Begriff des Gutes bei § 397 Nr. 11. Nr. 4.

4. Das Speditionsgut **braucht nicht dem Versender zu gehören**, es kann z. B. dem Empfänger gehören, ja möglicherweise liegt in der Aushändigung des Gutes durch den Versender an den Spediteur die Uebertragung des Eigenthums an den Empfänger. Auch im letzteren Falle würde das Pfandrecht Platz greifen, sofern der Spediteur redlich, d. h. des guten Glaubens war, daß der Versender befugt war, über das Speditionsgut in Gemäßheit des Speditionsvertrages zu verfügen (§ 366 Abs. 3, R.G.E. XXIX S. 48, Laband in Z. IX S. 465). Nr. 5.

5. Der Spediteur hat das Pfandrecht **so lange, als er das Gut im Besitz hat.** Darüber bei § 397 Nr. 13, sei es, daß er es in unmittelbarem oder in mittelbarem Besitz hat (er hat es z. B. dem Frachtführer übergeben). Sein Pfandrecht dauert letzterenfalls ebenso lange, als das des unmittelbaren Besitzers. Nr. 6.

---

[1]) Hat somit der Spediteur, wenn auch redlicherweise, unbefugt dem Empfänger Vorschuß geleistet, so hat er das Pfandrecht nicht (a. A. zum Theil Burchard S. 373, 374). Anders, wenn ihn der Versender zur Vorschußleistung ermächtigt hat (Bolze XV Nr. 316). Dagegen kümmert es den Spediteur nicht, ob der Versender gegenüber dem Empfänger berechtigt war, den Vorschuß von ihm, dem Spediteur, zu erheben. Nur bei betrügerischer Kollusion des Spediteurs mit dem Versender könnte der Empfänger gegen den Spediteur vorgehen (Knittel S. 15, 16).

Digitized by Google

Nr. 7. 6. Ueber die **Realisirung des Pfandrechts** am Gute gilt das Gleiche, wie beim Kommissionär. Darüber bei § 398 Nr. 1. Nur greift die einwöchentliche Frist des § 368 auch dann Platz, wenn der Versender kein Kaufmann ist. Ueber das Verhältniß zu anderen Pfandrechten des Kommissionärs, Lagerhalters und Frachtführers bei § 443.

Nr. 8. 7. Das Pfandrecht besteht **nicht kraft zwingenden Rechts.** Es kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung beseitigt werden. Hat der Spediteur sich dem Versender zur kostenfreien Ablieferung an den Adressaten verpflichtet, so wird darin mit Burchard (S. 375) Verzicht auf das Pfandrecht zu erblicken sein.

Nr. 9. 8. Was die Forderungen betrifft, die der Spediteur aus dem Ausrichtungsgeschäft gegen Dritte erworben hat, so greift hinsichtlich dieser § 399 Platz. Vgl. zu diesem §.

Nr. 10. 9. Außer dem Pfandrecht hat der Spediteur das **bürgerliche Zurückbehaltungsrecht** (B.G.B. §§ 273, 274) oder das **kaufmännische Zurückbehaltungsrecht** (Busch XI S. 479 ff., O.L.G. Hamburg in H.G.Z. V S. 275). Solange der Spediteur das Speditionsgut freilich dem Empfänger nicht zur Auslieferung angeboten hat, würde die Zurückbehaltung in Widerspruch mit der dem Spediteur vom Versender ertheilten Anweisung, mit dem Gut in bestimmter Weise zu verfahren, stehen (§ 369 Abs. 3) und folglich nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 370 Abs. 2 zulässig sein (R.G. bei Holdheim VI S. 59). Anders nachdem der Empfänger die Abnahme des angebotenen Gutes abgelehnt hat oder nur in Widerspruch mit den vorgeschriebenen Bedingungen vornehmen wollte, dann hat der Spediteur seine Verpflichtung gegenüber dem Versender erfüllt und die Möglichkeit der Ausübung des Retentionsrechtes ist nun gegeben (Busch XI S. 483), ebenso, wenn der Versender die Spedition widerruft (Burchard S. 448). Das Retentionsrecht des Spediteurs besteht gegenüber dem Versender. Der Destinatär ist Dritter im Sinne des § 369 Abs. 2, nur unter den Voraussetzungen des Abs. 2 des § 369 kann also der Spediteur gegenüber dem Empfänger das Retentionsrecht geltend machen. Doch ist es denkbar, daß der Spediteur zum Empfänger in besondere vertragliche Beziehungen tritt, die ihm diesem gegenüber nach § 369 Abs. 1 ein selbständiges Retentionsrecht gewähren (vgl. R.O.H.G. XXIV S. 347), nur muß diesenfalls das Eigenthum am Speditionsgut dann auch auf den Empfänger übergegangen sein. Solchenfalls würde er das Retentionsrecht gegenüber dem Empfänger, aber umgekehrt dann gegenüber dem Versender das Retentionsrecht nicht anders, als unter den Voraussetzungen des § 369 Abs. 2 geltend machen können (O.L.G. Hamb. in Z. XLIV S. 248, Bolze I Nr. 968). Wäre also diesenfalls der Versender noch in der Lage, die Spedition zu widerrufen (darüber oben § 407 Nr. 13), so müßte der Spediteur ihm das Gut herausgeben, es sei denn, daß ihn der Empfänger mit der Wahrnehmung seiner Eigenthumsrechte gegenüber dem Versender betraut hat.

Ueber das Verhältniß zum Verfolgungsrecht des Versenders (falls dieser Verkäufer oder Einkaufskommissionär ist) bei § 369 Nr. 20. Die gegentheilige Auffassung Burchard's S. 457 ff. beruht auf der irrigen Annahme des Retentionsrechtes als „wahren Handelspfandrechts".

Nr. 11. 10. Das ältere Recht stimmt hinsichtlich der Voraussetzungen des gesetzlichen Pfandrechts überein (Art. 382 Abs. 1, 2). Hinsichtlich des Inhaltes des gesetzlichen Pfandrechts vgl. das bei § 368 Bemerkte.

§ 411.

Bedient sich der Spediteur eines Zwischenspediteurs, so hat dieser zugleich die seinem Vormanne zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht, auszuüben.

Soweit der Vormann wegen seiner Forderung von dem Nachmanne befriedigt wird, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns auf den Nachmann über. Dasselbe gilt von der Forderung und dem Pfandrechte des Frachtführers, soweit der Zwischenspediteur ihn befriedigt.

Entw. I § 385, II § 403; Denkschr. I S. 245, 246, II S. 3258; A. D. H.G.B. Art. 382 Abs. 3, 4.

Digitized by Google

Zwei Fälle scheidet § 411:

1. Der Spediteur bedient sich eines Zwischenspediteurs, ohne daß dieser ihn wegen seiner Forderungen aus dem Speditionsvertrage auf Fracht, Provision, Auslagen, Vorschüsse (z. B. dem Absender geleistete Werthnachnahme) und Verwendungen befriedigt. Er übergiebt ihm vielmehr das Gut mit der Anweisung, die Forderungen vom Destinatär einzuziehen und ihm dann den Betrag zukommen zu lassen (Nachnahme nach Eingang, Knittel S. 5). Dann ist der Zwischenspediteur berechtigt und verpflichtet,[1]) die Rechte seines Vormannes, insbesondere dessen Pfandrecht auszuüben. Dem Vormann bleiben demnach seine Rechte durchaus gewahrt, der Nachmann tritt, soweit er des Vormanns Rechte ausübt, in dessen, nicht in eigenem Namen auf. Folglich muß er sich, soweit er die Rechte des Vormanns ausübt, die Einreden gegen den Vormann gefallen lassen. Daneben kann der Nachmann eigene Rechte haben, z. B. ein eigenes Pfandrecht. Dann übt er letzteres in eigenem, erstere in fremdem Namen aus. Nr. 1.

2. Der Spediteur wird vom Nachmann wegen seiner Forderungen aus dem Speditionsvertrage befriedigt, sei es durch baare Zahlung, Aufrechnung oder sonst (Nachnahme im Voraus), sei es bloße Spesennachnahme, sei es auch Werthnachnahme.[2]) Dann geht Forderung[3]) und Pfandrecht des Vormanns kraft Gesetzes auf den Nachmann über. Die Wirkung der Nachnahme seitens des Vormannes ist, daß dieser die Forderung und das Pfandrecht einbüßt und daß der Nachmann nunmehr auch hinsichtlich des Nachnahmebetrages kraft gesetzlicher Cession (B.G.B. § 412) dessen Pfandrecht erhält. Es liegt also ein gesetzlicher Uebergang (cessio legis) von Forderung und Pfandrecht vor (so auch Schott in Endemann III S. 449). Daraus folgt, daß der Nachmann wegen der bezahlten Nachnahme dann kein Pfandrecht erhält, wenn in Wahrheit die Forderung des Vormannes nicht bestand; selbst der redliche Nachmann müßte sich entgegenhalten lassen, daß er dem Vormann Nachnahme gewährt hat für in Wahrheit nicht existente Forderungen, er müßte sich ferner alle Einreden aus der Person des Vormanns gefallen lassen. Nach der herrschenden Ansicht freilich (vgl. insbesondere Goldschmidt, System § 123, Knittel S. 38 ff.) braucht der Nachmann nicht zu beweisen, daß die Forderung des Vormanns bestand und einwandsfrei war, es genügt, daß er die Nachnahme bezahlt hat. Begründet wird dies damit, daß vom Nachmann nicht verlangt werden kann, daß er sich über die Rechtmäßigkeit der Nachnahme gehörig informirt (vgl. Prot. S. 1226, 1227), er habe vielmehr wegen der bezahlten Nachnahme ein selbständiges eigenes Pfandrecht aus in rem versio (R.O.H.G. XX S. 190, XXIV S. 288, Anschütz und Völderndorff III S. 413 Anm. 35). Der Gegner habe ihm nachzuweisen, daß ihm bekannt war, daß der Vormann eine Forderung gegen den Versender nicht habe. Allein diese Ansicht steht, wie Puchelt-Förtsch zu Art. 410 Anm. 2, Schott bei Endemann III S. 449 ff. und Cosack S. 489 bemerken, mit dem Wortlaut des § 411 in Widerspruch. — Eine ganz andere Frage ist, ob nicht der Nachmann aus § 410 heraus ein eigenes Pfandrecht erhält. Steht der Vormann im Verhältniß des Versenders zu ihm, so hat er aus den dem Versender geleisteten Vorschüssen ein gesetzliches Pfandrecht, es sei denn, daß ihm die Redlichkeit im Sinne des § 366 fehlt (v. Hahn zu Art. 382 § 2). Das Gleiche kann der Fall sein, wenn er dem Vormann die Werthnachnahme zahlt, damit dieser sie an den Absender abführt. Hier hat er möglicherweise eine gerechtfertigte Verwendung für den Absender gemacht, für die ihm ein eigenes Pfandrecht aus § 440 zusteht. Nr. 2.

3. Giebt der Frachtführer das Gut an einen Zwischenspediteur weiter ab, so gilt hinsichtlich des Pfandrechts des Frachtführers das zu 1 und 2 Bemerkte entsprechend. Nr. 3.

4. Das ältere Recht stimmte überein (Art. 382 Abs. 3, 4). Nr. 4.

§ 412.

Der Spediteur ist, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, befugt, die Beförderung des Gutes selbst auszuführen.

---

[1]) Es liegt also eine gesetzliche Verpflichtung vor (Knittel S. 55). Natürlich kann diese Verpflichtung durch Vereinbarung zwischen dem Vormann und dem Nachmann beseitigt werden.

[2]) Solche Werthnachnahme läßt die Eisenb.Verk.O. § 62 ausdrücklich zu.

[3]) Die Forderung des Frachtführers geht auch dann über, wenn sie nicht im Frachtbrief verzeichnet ist (Knittel S. 52).

Digitized by Google

Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers oder Verfrachters; er kann die Provision, die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten sowie die gewöhnliche Fracht verlangen.

Entw. I § 386, II § 404; Denkschr. I S. 246, II S. 3258; A. D. H.G.B. Art. 385.

Nr. 1. I. Dem Spediteur steht das Selbsteintrittsrecht in weit größerem Umfange zu, als dem Kommissionär. Er hat es ganz allgemein. Die einschränkenden Voraussetzungen des § 400 sind hier nicht anwendbar (vgl. § 400 Nr. 4). Ueberhaupt sind die Vorschriften der §§ 400—405 auf den Spediteur nicht ohne Weiteres auszudehnen; vielmehr ist die Art der Ausübung des Selbsteintrittsrechts und sind dessen Folgen lediglich aus § 412, beziehungsweise aus der Natur der Sache zu beurtheilen. — Im Einzelnen gilt:

1. Der Spediteur hat das Selbsteintrittsrecht **kraft Gesetzes**, einer diesbezüglichen Vereinbarung bedarf es nicht. Er hat es aber dann nicht, wenn ein Anderes bestimmt ist, d. h. vom Versender bestimmt ist (was dieser event. zu beweisen hätte). Auch hier kann die Bestimmung nicht bloß beim Abschluß des Speditionsvertrages, sondern nachträglich erfolgen, solange der Spediteur vom Selbsteintrittsrecht nicht Gebrauch gemacht hat. Auch hier kann sie ausdrücklich oder stillschweigend geschehen; stillschweigende Ausschließung liegt aber dann noch nicht vor, wenn die Beförderung durch ein Transportmittel vorgesehen ist, dessen der Spediteur sich selbst nicht bedienen kann (z. B. die Eisenbahn). Denn der Spediteur könnte der Bahn sich als seines Gehülfen bedienen (Cosack S. 484). Daß das Selbsteintrittsrecht nur dann zulässig sei, wenn sich für das Geschäft „gewöhnliche Frachten" ausgebildet haben (Cosack S. 484), ist nicht aus Abs. 2 zu entnehmen. Vielmehr würde, falls eine gewöhnliche Fracht nicht nachweisbar ist, ex aequo et bono („den Umständen nach angemessen" vgl. § 413 Abs. 2) die Fracht angesetzt werden müssen.

Nr. 2. 2. Der Spediteur hat nur das **Recht** des Selbsteintritts, verpflichtet ist er mangels entgegenstehender Vereinbarung zum Selbsteintritt nicht. Auch § 413 begründet nicht eine Ausnahme. Denn hier ist der angebliche Spediteur überhaupt nur Frachtführer. Es kann dem Spediteur nicht ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er nicht selbst eintritt. Wohl aber ist er verpflichtet, die Spedition in gewöhnlicher Form durchzuführen, wenn dies den Interessen des Versenders entspricht. War er in der Lage, zu einer billigeren Fracht, als der gewöhnlichen, die Versendung durch einen Frachtführer zu besorgen, so macht er sich schadensersatzpflichtig, wenn er selbst eintritt und die gewöhnliche Fracht berechnet. Der Schadensersatz wird in der Differenz zwischen der berechneten und der anderweitigen billigeren Fracht bestehen; § 401 Abs. 1 wird aus der Natur der Sache heraus analog anzuwenden sein.

Nr. 3. 3. Die **Ausübung des Selbsteintrittsrechts** wird auch hier durch eine Erklärung des Spediteurs erfolgen, die dem Versender zugehen muß, soll sie endgültig und unwiderruflich sein. Doch wird es statt dessen auch genügen, wenn der Spediteur dem Empfänger gegenüber nach Vollendung des Transportes sich als Frachtführer gerirt. Das Gebot des § 405 Abs. 1, daß der Kommissionär in der Ausführungsanzeige ausdrücklich angeben müsse, daß er selbst eingetreten sei, ist hier nicht anwendbar. Vielmehr würde, wenn der Spediteur nur die Ausführung anzeigt, er immer noch das Recht haben, seinen Selbsteintritt zu erklären; wohl aber würde, falls er erst nachträglich den Frachtführer angiebt, mit dem er kontrahirt hat, § 384 Abs. 3 zutreffen (vgl. § 407 Abs. 2).

Nr. 4. 4. Der Spediteur **kann nicht mehr selbst eintreten, nachdem der Versender die Spedition widerrufen hat.** Hat der Spediteur die Selbsteintrittserklärung behufs Absendung abgegeben und trifft dann der Widerruf ein, so ist der Widerruf wirkungslos. Es gilt aus der Natur der Sache heraus § 405 Abs. 3 auch hier. (A. A. Staub § 412 Anm. 3.) Es ist auch in Betracht zu ziehen, daß § 405 Abs. 3 als Art. 377 des A. D. H.G.B. schon vor dem Börsengesetz bestand. — Im Uebrigen gilt hinsichtlich des Zeitpunktes des Selbsteintritts das beim Kommissionär Bemerkte auch hier.

Nr. 5. 5. Die **Wirkung des Selbsteintritts** ist analog der beim Selbsteintritt des Kommissionärs. Der Spediteur führt durch den Selbsteintritt die Spedition aus und behält auch für die Zukunft noch Rechte und Pflichten als Spediteur; er wird aber zugleich Frachtführer, beziehungsweise Verfrachter. Weil er die Spedition ausführt,

Digitized by Google

hat er Anspruch auf Provision auch dann, wenn er nachträglich als Frachtführer angewiesen wird, das Gut zurückzugeben (§ 433), hat er Anspruch auf die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten (vgl. das bei § 403 Bemerkte). Hinsichtlich dieser Ansprüche ist er durch das Pfandrecht des § 410 gedeckt. Er haftet andererseits für jedes schuldhafte Verhalten in Ausführung der Spedition, insbesondere bei Nichtbefolgung der Weisungen des Versenders, nicht gehöriger Wahrung der Rechte desselben bei Beschädigung des Gutes (§ 388), falscher Auskunftertheilung u. dgl. —

Insofern er Frachtführer, beziehungsweise Verfrachter wird, erlangt er alle Rechte und Pflichten, die das Gesetz dem Frachtführer (Land-, Eisenbahn- oder Flußfrachtführer, Cosack S. 484), beziehungsweise Verfrachter gewährt, und zwar erlangt er sie unmittelbar gegen den Versender, dieser wird damit zum Absender, beziehungsweise Befrachter. Für seine Haftung als Frachtführer greifen die §§ 429 ff., 456 ff. u. s. w. Platz, er hat wegen der Forderungen aus dem Frachtverhältniß das Pfandrecht des Frachtführers (§ 440 u. s. w.). Doch wird zu erwägen sein, daß ihm solche Rechte unmöglich gewährt werden können, die dem Zweck der Speditionsertheilung widersprechen, z. B. das Recht auf Ausstellung eines Frachtbriefes, auf Verschaffung aller Begleitpapiere (§§ 426, 427). Denn die Besorgung dieser Formalien sollte ja gerade dem Spediteur obliegen (Cosack S. 485). Der Spediteur wird also diesenfalls vom Versender nicht mehr begehren können, als was er sonst als Spediteur verlangen konnte, der Versender wird ihm also nicht aus § 427, sondern nur aus etwaiger culpa einzustehen haben, das Gleiche gilt von § 429 Abs. 2 (Cosack a. a. O.).

6. Speziell der **Anspruch auf die Fracht** wird vom Gesetz genau präzisirt. Der Nr. 6.
Spediteur kann die gewöhnliche Fracht verlangen; er braucht also nichts weiter nachzuweisen, als daß der von ihm berechnete Frachtbetrag der gewöhnliche ist; dagegen kann der Versender sich nicht einfach darauf berufen, daß der Spediteur-Frachtführer seinem Unterfrachtführer weniger bezahlt habe, denn die verdiente Differenz gebührt ihm als Frachtführer, und der billigere Lohn, den er seinem Unterfrachtführer giebt, beruht auf besonderen Verhältnissen dieses zu ihm. Wohl aber bleibt dem Versender immer noch die Berufung darauf, daß der Spediteur durch den Selbsteintritt die Interessen des Versenders geschädigt habe, z. B. das günstigere Angebot eines dritten selbständigen Frachtführers abgelehnt habe, um aus dem Selbsteintritt auf Kosten des Versenders zu gewinnen. Die scheinbar weitergehende Auffassung Staubs (§ 412 Anm. 1) steht in Widerspruch mit den allgemeinen Pflichten des Spediteurs, der das Interesse des Versenders wahrnehmen soll (§ 408 Abs. 1). In unserem Sinne auch v. Hahn zu Art. 385 § 2.

II. Das ältere Recht stimmt überein (Art. 385). Nr. 7.

§ 413.

Hat sich der Spediteur mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt, so hat er ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Er kann in einem solchen Falle Provision nur verlangen, wenn es besonders vereinbart ist.

Bewirkt der Spediteur die Versendung des Gutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines für seine Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen Frachtvertrags, so finden die Vorschriften des Abs. 1 Anwendung, auch wenn eine Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten nicht stattgefunden hat. Der Spediteur kann in diesem Falle eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht verlangen.

Entw. I § 387, II § 405; Denkschr. I S. 246, II S. 3258. Komm.Ber. S. 3928 f.; A. D. H.G.B. Art. 384, 383.

In zwei Fällen behandelt das Gesetz den Spediteur nicht als solchen, sondern ausschließlich als Frachtführer, läßt also nicht die Bestimmungen dieses Abschnittes, sondern die des sechsten und siebenten Abschnittes (§§ 425 ff.), beziehungsweise des

Digitized by Google

vierten Abschnittes des folgenden Buches (§§ 556 ff.), beziehungsweise des Binnenschiffahrtsgesetzes §§ 26 ff. auf das Verhältniß zwischen ihm und Versender zur Anwendung gelangen.

Nr. 1. 1. Der Spediteur hat sich mit dem Versender **über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt** (Spedition mit fixen Spesen, Cosack S. 485). Nach bisherigem Recht (Art. 384) verblieb auch solchenfalls der Vertrag Speditionsvertrag (R.O.H.G. XVI S. 377), der Spediteur hatte insbesondere das gesetzliche Pfandrecht des Spediteurs, er galt dem Empfänger gegenüber nicht als Frachtführer, die Ansprüche des Versenders gegen ihn waren also Ansprüche ex mandato u. s. w. Nur haftete er in Ermangelung entgegenstehender Vereinbarung für die von ihm angenommenen Zwischenspediteure und Frachtführer, d. h. soweit als diese selbst hafteten (R.O.H.G. II S. 249), also kraft einer Art Delkredere, sowohl mit Bezug auf den Grad der von denselben zu prästirenden Sorgfalt als mit Bezug auf die Höhe des zu ersetzenden Schadens (Grünhut S. 570). Hatte er unbefugt zum Schaden des Versenders die Haftung des Frachtführers durch vertragsmäßige Stipulirung eingeschränkt, so konnte ihn der Versender wegen unterlassener Sorgfalt in der Ausführung der Spedition auf Schadensersatz belangen (darüber oben § 407 Nr. 6). Ein besonderer Anspruch Provision neben den bestimmten Sätzen der Transportkosten stand dem Spediteur nur zu, wenn dies besonders vereinbart war.

Nr. 2. Das neue Gesetzbuch vereinfacht den bisherigen Rechtszustand. Der Spediteur soll solchenfalls überhaupt nicht mehr Spediteur, sondern Frachtführer sein, der Anspruch des Versenders wird zum Anspruch des Absenders, es giebt nur noch eine Haftung des Spediteurs, nämlich die des Frachtführers und nur ein Pfandrecht, das des Frachtführers, beziehungsweise Verfrachters. Das Aequivalent, das der Spediteur erhält, ist die Fracht, zur Erzeugung eines Anspruches auf Provision bedarf es besonderer Vereinbarung, die Beendigung des Vertrages, insbesondere der Rücktritt bemißt sich nach den Grundsätzen vom Frachtgeschäft (vgl. z. B. § 428 Abs. 2). Die Haftung des Spediteurs für Unter- und Zwischenspediteure bestimmt sich nach §§ 431, 432 u. s. w.

Nothwendig ist:

Nr. 3 a) Eine Einigung über einen **bestimmten Satz der Beförderungskosten** (Aversionalfracht, Pauschquantum, Pauschalsatz), gleichgültig, ob dieser Satz in einer fix ausgedrückten Gesammtsumme oder in einem bestimmten Satz für eine Gewichts- oder Maßeinheit (Kilogramm, Liter, Busch XLI S. 223, XXVI S. 329) oder für eine Distanzeinheit (Kilometer) besteht — sofern nur der Gesammtbetrag feststeht. Nothwendig ist aber, daß das Aequivalent für die Ausführung der Versendung in toto bestimmt ist, es genügt nicht, daß für eine einzelne Thätigkeit, z. B. die Versicherung des Gutes ein bestimmter Satz vereinbart ist. Umgekehrt schließt unser Fall nicht aus, daß die Assekuranzkosten oder sonstige Extrakosten besonders berechnet werden sollen (Busch XLI S. 225), was freilich bei dem Einheitssatz der Spediteur beweisen muß. Daß eine besondere Provision ausdrücklich außerdem zugebilligt wird, ist nicht ein Beweis gegen Aversionalfracht, wie sich aus Abs. 1 klar ergiebt.

Nr. 4. b) Eine **Einigung** über die Aversionalfracht, d. h. die Vereinbarung muß entweder bei Abschluß des Speditionsvertrages als integrirender Bestandtheil der Vertragsbedingungen oder nachträglich vor Ausführung der Güterversendung erfolgt sein. Ersterenfalls ist der Vertrag von vornherein Frachtvertrag, letzterenfalls verwandelt er sich aus dem Speditionsvertrag in einen Frachtvertrag. Ist dagegen die Güterversendung bereits ausgeführt, so liegt in der Einigung über das Aequivalent keine juristische Konversion des Vertrages, es liegt lediglich eine ziffermäßige Feststellung der vom Versender zu zahlenden Beträge vor (Burchard S. 331, Busch XXV S. 359). Die Einigung kann von Fall zu Fall oder generell durch Acceptirung allgemeiner vom Spediteur aufgestellter Tarife (so vielfach im Sammelladeverkehr), sie kann ausdrücklich oder stillschweigend (Bezahlung der präsentirten Rechnung R.O.H.G. II S. 249) erfolgen. In einer bloßen Zusammenstellung (Ueberschlag) der Kosten liegt aber solche Einigung noch nicht, umgekehrt steht der Einigung eine spezifizirte Begründung der Pauschalforderung nicht entgegen (v. Hahn zu Art. 384 § 12).

Nr. 5. c) Die Einigung muß zwischen **Spediteur** und **Versender** erfolgt sein. Nicht genügt Einigung zwischen Spediteur und Empfänger, selbst wenn sie vor Ausführung der Versendung geschieht — es sei denn, daß der Empfänger als Vertreter des Versenders handelt.

Digitized by Google

d) Ist die Einigung nur für einen Theil der Reise oder einen Theil der Güter erfolgt, so treten nur insoweit die Wirkungen des § 413 ein. Nr. 6.

2. **Sammelladeverkehr.** Ueber diesen Fall hatte das bisherige Recht überhaupt keine Sonderbestimmung. Der Art. 383 des alten H.G.B., welcher bestimmte, daß der Spediteur, falls er die Versendung durch Frachtführer oder Schiffer, jedoch mittelst von ihm für eigene Rechnung gemietheter Transportmittel besorgte, die gewöhnliche Fracht nebst Provision und sonstigen Kosten berechnen könne, umfaßte ihn freilich mit. Seine juristische Grundauffassung war aber eine andere als die des § 413 Abs. 2. Nach Art. 383 blieb solchenfalls das Verhältniß zwischen Spediteur und Versender Speditionsvertrag, der Spediteur haftete keineswegs unbedingt für den von ihm angenommenen Frachtführer, er haftete nur für Versehen in Ausführung der Spedition, er behielt sogar kraft Gesetzes seinen Anspruch auf die Provision gegen den Versender. Eine Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen des Speditionsvertrages lag nur insofern vor, als der Spediteur nicht die mit dem Frachtführer stipulirte Fracht, sondern die gewöhnliche Fracht dem Versender in Rechnung setzen durfte. Nr. 7.

Das neue H.G.B. behandelt den Spediteur beim Sammelladeverkehr schlechthin als Frachtführer, versagt ihm folgerichtig an sich den Anspruch auf die Provision, den er nur bei besonderer Vereinbarung haben soll, begrenzt aber andererseits die Höhe der an ihn zu zahlenden Fracht.

Nothwendig ist:

a) Daß der Spediteur eine **Anzahl von Speditionsaufträgen verschiedener Versender durch einheitliche Versendung der gesammelten Güter erledigt**, indem er dazu größere Transportmittel (z. B. Eisenbahnwaggons oder Schiffe) miethet oder mit einem Frachtführer oder Verfrachter einen einheitlichen Frachtvertrag über den Transport der ganzen Güter abschließt (v. Hahn II S. 551 § 6). Nicht nothwendig ist, daß er den Versendern dies im Voraus mittheilt, also den Transport durch Sammelladung zur Vertragsbedingung des Speditionsvertrages macht. Ebensowenig ist es nothwendig, daß er nachher dem Versender davon Mittheilung macht (anders als beim Selbsteintritt). Es genügt lediglich die effektive Ausführung des Speditionsgeschäftes durch Sammelladung. Hatte der Spediteur den Versendern dies von Anfang an mitgetheilt oder war es den Versendern bei Abschluß des Vertrages bekannt, daß die Ausführung im Wege der Sammelladung erfolgen sollte, so ist der Spediteur von Anfang an nur Frachtführer. Geht der Spediteur erst nachträglich zur Sammelladung über, so verwandelt er sich mit der Ausführung des Transportes im Wege der Sammelladung aus dem Spediteur in den Frachtführer. Nr. 8.

b) Die einheitliche Versendung muß auf Grund eines für **eigene Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen Frachtvertrages** geschehen. Es genügt also nicht, daß er die mehreren Güter der verschiedenen Versender durch einen Frachtführer auf Grund lauter einzelner für Rechnung des Versenders geschlossener Frachtverträge zur gleichzeitigen Versendung bringt. Solchenfalls würde er vielmehr lediglich als Spediteur handeln und hätte den Versendern die einzelnen bedungenen Frachten in Ansatz zu bringen (§ 408 Abs. 2). Es genügt auch nicht, daß er für eigene Rechnung lauter einzelne Frachtverträge mit einem oder mehreren Frachtführern schließt und dem Versender gegenüber den Selbsteintritt erklärt, dann würde er den Anspruch auf die Provision behalten. Der Fall des Selbsteintritts (§ 412 Abs. 2) ist wohl von diesem Fall zu scheiden, dort vereinigt er zwei Funktionen in sich, die des Spediteurs und die des Frachtführers, hier ist er nur Frachtführer und nichts weiter. Es muß vielmehr der Vertrag mit dem Frachtführer sowohl für eigene Rechnung des Spediteurs geschlossen sein, als die Sammelladung zum Gegenstand haben, es muß also der Zusammenhang des Frachtvertrages mit dem einzelnen Speditionsvertrage beseitigt sein. Insbesondere wird dieser Fall praktisch im Eisenbahntransport. Während der Spediteur von den Versendern Stückgüter zur Versendung übernimmt, schließt er mit der Bahn den Frachtvertrag über die Wagenladung ab, unmittelbarer Gegenstand des letzteren Frachtvertrages ist die Versendung der Gesammtheit der einzelnen Stückgüter. Die zahlreichen Einzelverträge mit den Versendern werden durch einen Vertrag mit dem Frachtführer zur Ausführung gebracht. Nr. 9.

c) Eine Einigung über einen bestimmten Satz der Transportkosten braucht zwischen Spediteur und Versender nicht stattgefunden zu haben. Im Gegentheil wird gerade der Fall nicht erfolgter Vereinbarung über die Transportkosten von Abs. 2 betroffen. Bei Vereinbarung des Pauschalquantums greift ohnehin Abs. 1 Platz. Nicht Nr. 10.

Digitized by Google

steht im Wege, daß dem Spediteur eine Provision vom Versender zugesichert ist oder daß er für spezielle Leistungen sich ein besonderes Aequivalent ausbedungen hat (z. B. Lagergeld).

Nr. 11. d) Hat eine Vereinbarung über die Transportkosten nicht stattgefunden, so kann der Spediteur nicht ohne Weiteres dem Versender den Stückgütertarif in Ansatz bringen (wie im Falle des Selbsteintrittes § 412 Abs. 2), vielmehr ist die für die Beförderung des Stückgutes gewöhnliche Fracht nur das Maximum seines Anspruches, das also nur gestattet ist, wenn die besonderen Umstände des Falles diese Berechnung als angemessene erscheinen lassen. Gewöhnlich wird er vielmehr einen niedrigeren Satz in Rechnung zu stellen haben, denn die Tarifsätze bei Wagenladungen werden erheblich billiger als der Stückgütertarif sein. Dieser niedrigere Satz wird sich andererseits mit dem Tarifsatz für Wagenladungen nicht decken; denn da der Spediteur keinen gesetzlichen Anspruch auf Provision hat, würde er in eine unverdient üble Lage gerathen, wenn er lediglich einen Anspruch auf Ersatz des „dem Gewicht oder der Menge des einzelnen Gutes entsprechenden Theiles der Gesammtfracht" (Denkschr. II S. 3258) gegen den Versender hätte. Vielmehr muß ihm „ein gewisser Theil der Frachtersparniß, die er durch die Herstellung der Sammelladung erzielt, zu eigenem Nutzen" verbleiben (Denkschr. II S. 3258). In diesem Plus steckt die ihm bei normaler Ausführung gebührende Provision. Wie groß dieser Betrag sein darf, überläßt das Gesetz dem richterlichen Ermessen, eventuell würden Sachverständige zur Begutachtung heranzuziehen sein.

Nr. 12. e) Der Spediteur ist jedenfalls berechtigt, nach Abs. 2 die Spedition auszuführen, es sei denn, daß der Versender ein Anderes bestimmt hat oder daß die Ausführung durch Sammelladung den Interessen des Versenders zuwider ist, z. B. eine schädliche Verzögerung für den Versender herbeizuführen geeignet ist, oder die Wahl eines schädlicheren Transportmittels mit sich bringt (O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 532). Ist er auch verpflichtet dazu? Diese Frage ist an sich zu verneinen, denn da er nur Spediteur ist, so kann ihm nicht zugemuthet werden, im Interesse des Versenders die stärkere Haftung als Frachtführer, insbesondere die des § 456 zu übernehmen, die nicht einmal durch Vertrag beschränkt werden kann (§ 471). Doch kann der Vertrag ein Anderes bestimmen, ja es kann sogar der Handelsgebrauch den Spediteur dazu verpflichten; es wird § 394 Abs. 1 analog anzuwenden sein. Mit dem Fall des Selbsteintrittsrechts (§ 412 Abs. 2) darf dieser nicht auf eine Linie gestellt werden, denn das Interesse des Versenders kann hier erheblich tangirt werden.

Nr. 13. 3. Die Bestimmungen des älteren Rechts (Art. 384, 383) beherrschen die vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Speditionsverträge.

§ 414.

Die Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes verjähren in einem Jahre. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

Die Verjährung beginnt im Falle der Beschädigung oder Minderung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung stattgefunden hat, im Falle des Verlustes oder der verspäteten Ablieferung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen.

Die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche können nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn vorher der Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung dem Spediteur angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet worden ist. Der Anzeige an den Spediteur steht es gleich, wenn gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen dem Versender und dem Empfänger oder einem späteren Erwerber des Gutes wegen des Ver-

Digitized by Google

lustes, der Minderung, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung anhängigen Rechtsstreite dem Spediteur der Streit verkündet wird.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Spediteur den Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung des Gutes vorsätzlich herbeigeführt hat.

Entw. I § 388, II § 406; Denkschr. I S. 246—248, II S. 3259; A. D. H.G.B. Art. 386.

Nr. 1. Nach bürgerlichem Recht würden die Ansprüche gegen den Spediteur, da die zweijährige Verjährungsfrist des B.G.B. § 195 zwar den Anspruch des Spediteurs gegen den Versender, aber nicht den des Versenders gegen den Spediteur betrifft, den allgemeinen Verjährungsfristen unterliegen (vgl. B.G.B. §§ 638, 195). Demgegenüber statuirt § 414 in Anlehnung an das ältere Recht (Art. 386) eine abweichende, einjährige Verjährung hinsichtlich der hauptsächlichsten Ansprüche gegen den Spediteur, die zum Theil eigenthümlichen, von den Verjährungsgrundsätzen des B.G.B. abweichenden Vorschriften unterworfen ist.

Diese eigenthümliche Verjährung greift Platz:

Nr. 2. 1. Hinsichtlich der **Ansprüche gegen den Spediteur als solchen**, gleichgültig, ob der Anspruch zusteht dem Versender oder dem Empfänger. Besteht der Anspruch zwar gegen den Spediteur, aber nicht in seiner Eigenschaft als Spediteur, sondern aus einem anderen Rechtstitel, z. B. als Lagerhalter oder Verwahrer (vgl. R.O.H.G. XXIV S. 307, R.G.E. XI S. 136, O.L.G. Hamburg in Z. XLIV S. 249), so cessirt die Anwendbarkeit des § 414. Soweit insbesondere der Spediteur kraft Selbsteintritts oder kraft der besonderen Bestimmung des § 413 als Frachtführer, beziehungsweise Verfrachter fungirt, würde nicht § 414, sondern § 439, beziehungsweise bei Eisenbahnen die Art. 45, 46 des Berner internationalen Vertrages maßgebend sein. Doch ist dabei wohl zu beachten, daß die Aufbewahrung des Gutes sehr wohl Bestandtheil des Speditionsvertrages sein kann (R.O.H.G. XVI S. 349).

Nr. 3. 2. Nicht hinsichtlich aller Ansprüche gegen den Spediteur, sondern nur hinsichtlich des Anspruches wegen **Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Speditionsgutes.** Alle übrigen Ansprüche unterliegen, soweit nicht B.G.B. § 638 in Frage kommen könnte, der gewöhnlichen Verjährung des bürgerlichen Rechts oder Handelsrechts, also mangels andersartiger Spezialbestimmung (z. B. Delikte B.G.B. § 852, Geschäftsveräußerung seitens des Spediteurs H.G.B. § 26 Abs. 2) der dreißigjährigen Verjährung des B.G.B. § 195. Beispiele: zu hohe Berechnung der Fracht oder der Provision, Weigerung der Abtretung der Forderung gegen den Dritten (§ 392 Abs. 1), Weigerung der Zurückgabe des Speditionsgutes an den Versender u. s. w. Was die vier aufgeführten Klassen betrifft, so gilt:

Nr. 4. a) **Verlust.** Verlust ist nicht bloß gänzlicher Untergang des Gutes, nicht bloß Abhandenkommen, ohne daß der Spediteur weiß, wo das Gut geblieben ist, sondern jeder Fall der Unmöglichkeit, das Gut dem berechtigten Empfänger auszuliefern, selbst wenn der Spediteur weiß, wo das Gut sich befindet, er es z. B. an einen nicht legitimirten Empfänger herausgegeben hat und es von diesem nicht wieder erhalten kann (R.O.H.G. IV S. 12 ff.; anders, wenn dieser bereit ist, es herauszugeben R.O.H.G. VII S. 55), oder wenn er es wider die Weisung des Versenders dem Empfänger ausgehändigt hat, z. B. ohne die Nachnahme einzuziehen, oder wenn er es unbefugt selbst veräußert hat (R.O.H.G. VIII S. 332), ja sogar der Fall der Unterschlagung würde darunter gehören, nur daß er durch Abs. 4 ausgenommen ist (R.O.H.G. XV S. 30). Wieweit der Spediteur für Verlust aufzukommen hat, bestimmt sich nach Lage des Falles. Der Umfang der Ansprüche, die nach § 414 der einjährigen Verjährung unterworfen sind, ist entsprechend dem Umfang der Verpflichtung, die der Spediteur durch den Vertrag übernimmt (R.O.H.G. IV S. 14). Hätte er also das Delkredere für den Frachtführer übernommen, so würde er auch für den Verlust während des Transportes aufzukommen haben, d. h. je nach Lage des Falles in Gemäßheit von § 429 oder von § 456 oder von §§ 606 ff.

Nr. 5. b) **Minderung** ist der Fall partiellen Verlustes, sei es durch Abhandenkommen eines Theiles des Gutes oder durch Einschrumpfen, Auslaufen u. dgl. Dies kann aber zugleich Beschädigung sein.

Digitized by Google

Nr. 6. c) **Beschädigung** ist nur eine physische, substanzielle Werthsminderung des Gutes, nicht eine sonstige Werthsminderung (Verlust im Tauschwerth). Das Gesetz hatte offenbar den in § 388 behandelten Fall im Auge (vgl. die Erläuterung zu § 388; anders in einem für den Frachtführer berechneten Fall R.O.H.G. XX S. 347). Die Beschädigung kann das ganze Gut oder nur einzelne Theile betreffen. Wieweit in der Beschädigung von Theilen zugleich eine Beschädigung des physisch unverletzten Theiles, d. h. der ganzen Sendung liegt, hängt von der Beschaffenheit der Sendung, ihrer inneren Zusammengehörigkeit, den beim Speditionsvertrag getroffenen Vereinbarungen ab (R.O.H.G. XV S. 374, R.G.E. XV S. 134), während der Umstand, daß der Empfänger daraufhin die Annahme zu verweigern berechtigt ist, allein noch nicht entscheidet; denn die Verhältnisse zwischen Empfänger und Versender gehen den Spediteur nichts an. Daß die Beschädigung gerade sich ereignet hat, während der Spediteur das Gut in Verwahrung hat, ist nicht nothwendig, auch wenn nachweisbar die Beschädigung vor Empfang des Gutes durch ihn oder nach Aushändigung des Gutes an den Frachtführer erfolgt ist, kann § 414 zutreffen, sofern nach allgemeinen Grundsätzen oder nach Lage des Falles (Delkredere) er die Beschädigung zu vertreten hat oder hinsichtlich der Beschädigung verantwortlich gemacht werden kann, z. B. weil er die Rechte des Versenders gegen den Frachtführer nach § 388 nicht gewahrt hat (vgl. Burchard S. 337) oder weil er das dem Verderben ausgesetzte Gut nicht rechtzeitig verkauft hat (Fall des § 388 Abs. 2).

Nr. 7. d) **Verspätete Ablieferung**, d. h. an den Frachtführer, beziehungsweise, soweit der Spediteur für den Frachtführer haftet, an den Empfänger. Nicht gehört hierher der Fall, daß der Spediteur sich weigert, dem Versender das Speditionsgut zurückzugeben (vgl. den Fall in R.O.H.G. X S. 301 ff.).

Nr. 8. 3. Die **Dauer der Verjährung** beträgt ein Jahr. Doch kann die Frist durch Vereinbarung verkürzt (B.G.B. § 225) und verlängert werden, letzteres in Abweichung vom B.G.B. § 225. Und ist der Anspruch rechtskräftig festgestellt, so tritt an Stelle der kurzen Verjährung die dreißigjährige Verjährung des B.G.B. § 218. Hinsichtlich der Berechnung des Jahres B.G.B. § 188 Abs. 2. Das Jahr beginnt zu laufen:

Nr. 9. a) Bei Verlust und verspäteter Ablieferung, mit dem Ablauf des Tages (entsprechend B.G.B. § 187 Abs. 1), an dem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen, d. h. auch hier gewöhnlich die Ablieferung an den Frachtführer, beziehungsweise Verfrachter oder Zwischenspediteur, ausnahmsweise an den Empfänger, wenn nämlich der Spediteur für die Mittelsperson haftet (Burchard S. 438, 439). Wann die Ablieferung bewirkt sein mußte, entscheidet in erster Linie die Vereinbarung, event. der Ortsgebrauch, eventualissime richterliches Ermessen (vgl. die analoge Bestimmung in § 428). Konnte in Folge unabwendbarer Ereignisse (§ 466 Abs. 1, z. B. Ausfuhrverbotes) die Ablieferung erst an einem späteren Zeitpunkt erfolgen, so braucht der Versender den Beginn der Verjährung des Anspruches wegen Verlustes erst von dem späteren Zeitpunkt ab gegen sich datiren zu lassen (R.O.H.G. XV S. 31).

Nr. 10. b) Bei Beschädigung und Minderung mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung wirklich erfolgt, d. h. vollendet ist. Nur ist zu beachten, daß der Spediteur unmöglich dadurch Schaden erleiden kann, daß der Empfänger die Annahme verweigert. Solchenfalls wird es genügen, daß er das Gut bei einem Dritten niederlegt oder bei sich lagert. (Vgl. Seuffert LIII Nr. 33.)

Nr. 11. c) Die Kenntniß des Versenders von den betreffenden Thatsachen ist irrelevant (Busch XXII S. 31).

Nr. 12. 4. Die **Hemmung und Unterbrechung der Verjährung** richtet sich nach B.G.B. §§ 202—217. Auch hinsichtlich der Wirkung der Verjährung gilt grundsätzlich das bürgerliche Recht. Durch die Verjährung ist somit auch die Geltendmachung der betr. Thatsachen im Wege der Einrede ausgeschlossen. Nur hinsichtlich der Aufrechnung ist eine wichtige Modifikation statuirt. Nach B.G.B. § 390 schließt die Verjährung die Aufrechnung mit der verjährten Forderung nicht aus, sofern nur die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die Gegenforderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Demgegenüber läßt § 414 Abs. 2 die Aufrechnung nur dann nach Vollendung der Verjährung zu, wenn vor Vollendung der Verjährung die den Anspruch begründende Thatsache, also je nach Lage des Falls der Verlust, die Minderung, die Beschädigung, die verspätete Ablieferung

α) entweder dem Spediteur — mündlich oder schriftlich — angezeigt ist, d. h. die Anzeige an ihn gelangt ist, gleichgültig, ob die Anzeige vom Versender, vom Empfänger oder einem Dritten ausgegangen ist,

Digitized by Google

β) oder die Anzeige wenigstens an den Spediteur abgesendet worden ist, unter dem selbstverständlichen Vorbehalt, daß sie nicht wieder zurückgenommen wurde und daß die Absendung eine ordnungsmäßige war. Darüber bei § 377 Nr. 52 ff.,

γ) oder in Gemäßheit der C.P.O. § 488 gerichtliche Beweisaufnahme nur beantragt, nicht nothwendig vorgenommen ist,

δ) oder dem Spediteur in einem Prozeß zwischen Versender und Empfänger oder späteren Erwerber des Gutes, der wegen jener Thatsachen anhängig gemacht worden ist (z. B. Klage des Käufers gegen den Verkäufer wegen Mängel), der Streit verkündet wurde (C.P.O. § 72).

Diese Bestimmung läuft parallel dem B.G.B. §§ 639, 478 Abs. 1.

Nr. 13. 5. Nicht greift die einjährige Verjährung Platz, wenn der Spediteur die den Anspruch begründende Thatsache **vorsätzlich** herbeigeführt hat. Dem Vorsatz ist grobe Fahrlässigkeit nicht gleichzustellen (Denkschr. II S. 3259; so schon für das ältere Recht R.O.H.G. V S. 66, XII S. 137, XV S. 32). Die vorsätzliche Herbeiführung braucht nicht gerade vom Spediteur selbst erfolgt zu sein, es genügt, daß sie von einer Person erfolgte, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediente, z. B. von einem Angestellten (B.G.B. § 278). Dagegen genügt nicht Vorsatz des Frachtführers oder Zwischenspediteurs, selbst wenn der Spediteur in der Auswahl dieser schuldhaft handelte, denn dann haftet er aus reiner Fahrlässigkeit und nicht aus Vorsatz, er hat dann den Schaden nicht vorsätzlich herbeigeführt (a. A. Puchelt-Förtsch zu Art. 386 Nr. 14). Dem Versender bliebe dann ja immer noch der Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Frachtführer. Wohl aber würde, im Fall der Spediteur für den Frachtführer unbedingt haftet (§ 384 Abs. 3, § 394), bei Vorsatz des Frachtführers die einjährige Verjährung nicht Platz greifen. — Der Begriff des Vorsatzes richtet sich nach bürgerlichem Recht. Der Verlust, die Schädigung u. s. w. muß also wissentlich und willentlich herbeigeführt sein (Mot. zum Entw. I des B.G.B. I S. 280), d. h. die Handlung oder Unterlassung muß gewollt und der Handelnde beziehungsweise Unterlassende muß sich klar gewesen sein, daß die Handlung beziehungsweise Unterlassung dem Vertrage zuwiderläuft (Planck I S. 37); daß er gerade die Absicht gehabt hat, den Versender zu schädigen, ist nicht nothwendig. Böswilligkeit wird nicht verlangt. — Ebensowenig ist die Absicht der Täuschung erforderlich (anders § 377 Abs. 5). Nur vorsätzliche Herbeiführung der Thatsache (Verlust, Beschädigung, verspätete Ablieferung) begründet die Ausnahme, nicht jedes sonstige vorsätzliche rechtswidrige Verhalten des Spediteurs, z. B. im Falle des Verlustes arglistiges Verschweigen des eingetretenen, nicht vorsätzlich verursachten Verlustes (Denkschr. II S. 3259, anders das ältere Recht). Doch kann dann der Deliktsanspruch des B.G.B. § 823 und damit dessen dreijährige Verjährung (B.G.B. § 852) gegeben sein. — Den Beweis der vorsätzlichen Herbeiführung hat der Gegner zu führen. — Daß auch durch Vertrag die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen beziehungsweise eingeschränkt werden kann, bestimmt B.G.B. § 276 Abs. 2. Doch bezieht sich dies nur auf den Vorsatz des Spediteurs selbst, nicht auf den seiner Leute oder des Frachtführers, für den er Delkredere steht B.G.B. § 278. Nachträglicher Erlaß ist natürlich zulässig.

Nr. 14. 6. Die Ansprüche des Spediteurs gegen den Frachtführer unterstehen der Verjährung des § 439, die Ansprüche gegen den Zwischenspediteur können dagegen ebenfalls unter § 414 fallen. Ueber die Ansprüche des Spediteurs gegen den Empfänger normirt das bürgerliche Recht. Die Verjährung der Ansprüche zwischen Versender und Empfänger richtet sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältniß.

7. Das **ältere** Recht (Art 386) wich in mehrfacher Hinsicht ab:

Nr. 15. a) Die einjährige Frist begann nach ihm im Falle der verspäteten Ablieferung mit dem Ablauf des Tages, an dem die Ablieferung wirklich geschah. Nach Art. 169 des E.B.G.B. wird, falls die Ablieferung vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, der Beginn nach altem Recht zu berechnen sein, erfolgt sie dagegen nach dem 31. Dezember 1899 und hätte sie vor dem 1. Januar 1900 erfolgen müssen, so wird die einjährige Frist vom 1. Januar 1900 ab laufen (Art. 169 Abs. 2).

b) Nach älterem Recht zerstörte die Verjährung überhaupt nicht die Einreden, wenn die Anzeige an den Spediteur binnen der einjährigen Frist abgesendet war. Dies hat zu gelten, falls die Verjährung vor dem 1. Januar 1900 vollendet war. Wird sie erst nach dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. vollendet, so greift das neue Recht Platz (Art. 169 E.B.G.B.).

Digitized by Google

c) Das alte Recht ließ nur durch Absendung der Anzeige die Einreden erhalten; der Beantragung der gerichtlichen Beweisaufnahme und Streitverkündung maß es diese Bedeutung nicht bei. Das alte Recht wird zu gelten haben, wenn die Verjährung vor dem 1. Januar 1900 vollendet ist. Wird sie nach dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. vollendet, so gilt § 414, selbst wenn die Streitverkündung und der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme vor dem 1. Januar 1900 erfolgt sind (Art. 169 E.B.G.B.). Denn es handelt sich um die Wirkung, nicht um die Unterbrechung der Verjährung.

d) Das alte Recht schloß die Verjährung bei Betrug und Veruntreuung des Spediteurs aus.

§ 415.

Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu besorgen übernimmt.

Entw. I § 389, II § 407; Denkschr. I S. 248, II S. 3259; Kommissionsber. S. 3929. A. D. H.G.B. Art. 388.

Darüber oben S. 270 Nr. 9.

Entspricht dem älteren Recht (Art. 388).

Fünfter Abschnitt.

Lagergeschäft.

Einleitung.

Denkschr. I S. 248—250, II S. 3259, 3260.

Litteratur: G. Cohn in Endemanns Hdb. III § 432, Adler, österr. Lagerhausrecht 1892; Cosack §§ 101, 102; Burchard in Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen XVI; von Ruepprecht, das Recht das Lagergeschäfte Diss. 1899.

Nr. 1. Dieser neu eingefügte, dem alten H.G.B. fremde Abschnitt, regelt nicht jeden kaufmännischen Verwahrungsvertrag, sondern nur eine bestimmte Abart desselben, das Lagergeschäft, d. h. den auf Lagerung und Aufbewahrung von Gütern gerichteten Vertrag zwischen einem Lagerhalter und einer anderen Person (dem Einlagerer). Ueber sonstige kaufmännische Verwahrungsverträge enthält das H.G.B. keine besonderen Bestimmungen. Wohl aber finden sich solche einmal im B.G.B., insofern das receptum cauponum meist kaufmännischer Verwahrungsvertrag sein wird (B.G.B. §§ 701 ff.), sodann im Bankdepotgesetz §§ 1, 2, 8 -13. Nur auf letzteres wird einzugehen sein, während die Paraphrasirung des receptum cauponum in das B.G.B. gehört. Und zwar werden die Bestimmungen des Bankdepotgesetzes am Schlusse dieses Abschnittes anhangsweise erläutert werden.

Nr. 2. Das Lagergeschäft als eigenthümlich geordnetes Geschäft des Handelsrechts erscheint dem Gesetz nur in der Gestalt des Grundhandelsgeschäfts (§ 1 Abs. 2 Nr. 6). In Abweichung von dem Kommissions-, Speditions- und Frachtgeschäft (§§ 406, 415, 451) verlangt das Gesetz für die Anwendung der Bestimmungen dieses Abschnittes, daß der Verwahrende Lagerhalter sei. Schließt somit ein anderer Kaufmann, als ein Lagerhalter einen selbständigen Vertrag, durch den er Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt, so finden die §§ 416 ff. keine Anwendung, vielmehr gelten dann lediglich die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Ist solch' Vertrag nur Bestandtheil eines Kommissions- oder Spedition svertrages, so finden auf ihn die Bestimmungen über letzteren Anwendung.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß der Begriff des Lagergeschäftes nicht der weitere, der des Lagerhalters der engere ist, sondern daß umgekehrt vom Begriff des Lagerhalters auszugehen ist.

Digitized by Google

Die Anordnung dieses Abschnittes ist die, daß zunächst eine Begriffsbestimmung des Lagerhalters (§ 416) gegeben wird; hierauf werden die Rechte und Pflichten des Lagerhalters und des Einlagerers in den §§ 417—421, dann die Endigung des Vertrages (§ 422), endlich die Verjährung gewisser Ansprüche gegen den Lagerhalter (§ 423) behandelt. Alle diese Sätze regeln das Verhältniß zwischen Lagerhalter und Einlagerer. Dagegen hat § 424 zum Gegenstand die sachenrechtliche Bedeutung des indossablen Lagerscheins; er gehört streng genommen nicht an diese Stelle, sondern in das Sachenrecht (etwa zwischen § 365 und § 366). Doch ist beim Ladeschein (§ 450) und beim Konnossement (§ 647) die gleiche Locirung vorgenommen worden. Nr. 3.

Die Anordnung schließt sich ziemlich eng an die des vierten Abschnittes an. Aber auch inhaltlich zeigt sich eine große Verwandtschaft mit den Bestimmungen über das Speditionsgeschäft. Vgl. z. B. § 417 mit § 407 Abs. 2, § 421 mit § 410, § 423 mit § 414. Grund ist, daß der Gewerbebetrieb des Lagerhalters nicht selten mit dem des Spediteurs vereinigt ist und daß beide Betriebsarten vielfach ineinander übergehen (Denkschr. II S. 3259, 3260).

Die Bestimmungen des fünften Abschnittes erschöpfen keineswegs die Rechtsverhältnisse zwischen Einlagerer und Lagerhalter. Das Lagergeschäft untersteht vielmehr, soweit sich aus diesen Bestimmungen nicht ein Anderes ergiebt, den Grundsätzen vom Verwahrungsvertrag (B.G.B. §§ 688 ff.). So kann B.G.B. § 692, ferner B.G.B. §§ 694, 697 zur Anwendung kommen. Freilich ist die Heranziehung der Bestimmungen über den bürgerlichen Verwahrungsvertrag nur mit Vorsicht gestattet, weil das Gesetz das Geschäft nur als reines Grundhandelsgeschäft anerkennt, also auf die Erwerbsabsicht entscheidendes Gewicht legt. Das Einzelne wird an den betr. Stellen darzulegen sein. Nr. 4.

§ 416.

Lagerhalter ist, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt.

Entw. I § 390, II § 408; Denkschr. I S. 250, 251, II S. 3260.

1. Ueber den **Begriff des Lagerhalters** oben bei § 1 Nr. 64. Nr. 1.

Hinzuzufügen ist noch, daß nur derjenige, der gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt, Lagerhalter ist. Folglich ist nicht Lagerhalter der Kaufmann, der gelegentlich im Betriebe seines Handelsgewerbes einen Vertrag über die Lagerung einer Waare schließt. Er hat deshalb die besonderen Rechte und Pflichten eines Lagerhalters nicht, insbesondere nicht das Pfandrecht des § 421, den Vortheil der kurzen Verjährung des § 423. Er kann mangels anderer Vereinbarung jederzeit die Rücknahme des Lagergutes verlangen (B.G.B. § 696), das Lagergeld ist ihm in Gemäßheit von B.G.B. § 699 zu zahlen u. s. w. Ebensowenig ist die Zollverwaltung, in deren Räumen Waare niedergelagert ist, Lagerhalter. — Doch genügt es, wenn der Lagerhalter die Lagerung und Aufbewahrung als Nebengewerbe, z. B. neben dem Speditionsgewerbe, betreibt. — Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Niederlagen unverzollter Waaren sind durch die §§ 97 ff. des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 näher geregelt. Das gilt gleichmäßig von allgemeinen Niederlagen, beschränkten Niederlagen und Freilägern, denn alle diese sind öffentliche Niederlagen im Sinne des § 97. Was dagegen die Privat-Transitläger betrifft (§ 108 des Gesetzes von 1869), so können sie den Bestimmungen dieses Abschnittes unterstehen. Jedenfalls gilt dies, wenn die Privattransitläger nicht unter amtlichem Mitverschluß sich befinden, da das Gesetz von 1869 hinsichtlich des Verhältnisses der Inhaber solcher zu den Einlagerern keine Bestimmung trifft und sie nur für die Entrichtung des Eingangszolles unbedingt haftbar macht (§ 108 Abs. 2). Aber auch, wenn ein Mitverschluß der Zollbehörde stattfindet, ist der Begriff des Lagerhalters nicht ausgeschlossen. Nur würden dann freilich nach E.H.G.G. Art. 2 Abs. 2 die §§ 101, 102 des Vereinszollgesetzes, ferner dessen § 98 zu berücksichtigen sein (§ 108 Abs. 2 des V.Z.G.). — Wohl können Lagerhalter sein städtische und staatliche Lagerinstitute (vgl. H.G.B. § 36).

2. Daraus, daß Lagergeschäft nur die Uebernahme der Lagerung und Aufbewahrung von Gütern durch einen Lagerhalter als solchen ist, dürfte zu folgern sein, daß nach der Auffassung des Gesetzes nur die entgeltliche Uebernahme Lagergeschäft ist. **Das Lagergeschäft ist nothwendig ein entgeltlicher Verwahrungsvertrag.** Auch in diesem Nr. 2.

Digitized by Google

Punkte unterscheidet es sich vom Speditions- und Kommissionsgeschäft, das unentgeltlich sein kann (oben S. 201, Nr. 11, S. 270 Nr. 12). Freilich können accessorische Handelsgeschäfte auch unentgeltlich sein, aber das Lagergeschäft als solches ist nur Grundhandelsgeschäft, nicht accessorisches. Das Gesetz bezeugt dies selbst, indem es dem Lagerhalter stets Haftung für levis culpa auferlegt (§ 417 Abs. 1), während der Verwahrer bei unentgeltlichem Depositum nur für culpa in concreto haftet (B.G.B. § 690), und indem es ihm Anspruch auf das bedungene oder ortsübliche Lagergeld (§ 420 Abs. 1) gewährt. Ein Lagerhalter, der aus Gefälligkeit die Lagerung und Aufbewahrung übernimmt, würde somit nicht als Lagerhalter, sondern als gewöhnlicher Verwahrer erscheinen, folglich z. B. mangels anderer Vereinbarung jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen können (B.G.B. § 696) und nur für culpa in concreto haften (B.G.B. § 690). Vgl. § 347 Abs. 2. — Doch braucht das Entgelt nicht nothwendig in Leistung einer Geldsumme zu bestehen.

Nr. 3. 3. Der **Abschluß des Vertrages** vollzieht sich nach allgemeinen Grundsätzen. Als Verwahrungsvertrag ist das Lagergeschäft Realvertrag, erst mit Hingabe des Lagergutes ist der Vertrag perfekt. Doch kann ein klagbarer Vorvertrag voraufgehen, aus dem der Einlagerer auf Annahme behufs Lagerung und Aufbewahrung, der Lagerhalter auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (nicht auf Hingabe des Gutes, da der Einlagerer dies jeden Augenblick zurücknehmen kann) Klage hat. Auch der Vorvertrag wird nach allgemeinen Grundsätzen geschlossen (B.G.B. §§ 145 ff.) Auch § 362 wäre hierauf anwendbar (vgl. § 362 Nr. 4).

Nr. 4. 4. **Erfüllungsort** ist der Lagerungsort (B.G.B. §§ 697, 269), und zwar für den ganzen Inhalt des Vertrages. Demnach entscheidet bei Statutenkollision das Recht dieses Ortes.

Nr. 5. 5. Personen, die den Begriffserfordernissen des § 416 entsprechen, werden mit dem 1. Januar 1900 ipso jure Lagerhalter und damit Kaufleute nach § 1. Doch sind die vorher von ihnen abgeschlossenen Lagergeschäfte nach altem Recht zu beurtheilen (E.B.G.B. Art. 170). Anders, wenn vorher nur ein klagbarer Vorvertrag geschlossen war, dagegen die Hingabe des Lagergutes erst nach dem 1. Januar 1900 erfolgt. Hier greift das neue Recht ein.

§ 417.

Auf die Rechte und Pflichten des Lagerhalters in Ansehung der Empfangnahme, Aufbewahrung und Versicherung des Gutes finden die für den Kommissionär geltenden Vorschriften der §§ 388 bis 390 Anwendung.

Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, so hat der Lagerhalter den Einlagerer hiervon unverzüglich zu benachrichtigen. Versäumt er dies, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Entw. I § 391, II § 409; Denkschr. I S. 251, II S. 3260, 3261.

Vgl. die Erörterungen zu §§ 388—390. Abs. 2 ist überflüssig, da die Pflicht der unverzüglichen Benachrichtigung sich ohnehin aus § 388 ergiebt.

Nr. 1. 1. Der Schwerpunkt des § 417 liegt in der **Verwahrungspflicht** des Lagerhalters. Er haftet für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes, sofern diese nicht auf Umständen beruhen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters nicht abgewendet werden konnten (§ 390), welche Umstände er zu beweisen hat. Im Gegensatz zu ausländischen Gesetzen (Simonson in Z. XLV S. 561) haftet der Lagerhalter also nicht für casus, sondern nur für culpa levis. Vor Allem wird er dafür zu sorgen haben, daß die Räume, in denen die Auflagerung stattfindet, genügende Sicherheit gegen Feuer- und Wassersgefahr bieten, sowohl durch ihre Lage als durch die Bauart und die ganze Einrichtung, daß sie sicher verschlossen werden, daß gehörige Kontrole durch die Angestellten stattfindet, daß die Auflagerung ordnungsmäßig vor sich geht, daß die Räume gehörig gelüftet und reingehalten werden, daß nicht Gegenstände hineingebracht werden, die eine Zerstörung oder Beschädigung des anderen Lagergutes herbeizuführen geeignet sind. Zur Reinigung, Lüftung, Umpackung u. s. w. der Güter ist der Lagerhalter im Allgemeinen nicht verpflichtet, das

Digitized by Google

ist Sache des Einlagerers, den er nur unverzüglich zu benachrichtigen hat. Höchstens ließe sich aus § 388 für den Fall der Noth u. U. solche Verpflichtung des Lagerhalters herleiten und auch dies nicht, wenn besondere Sachkenntniß dazu gehört, die bei ihm nicht vorauszusetzen ist (§ 390 Abs. 2). Ebensowenig ist er mangels entgegenstehender Vereinbarung zur Versicherung des Gutes verpflichtet, auch zur Versicherung seines Lagergebäudes ist er nicht durch das Lagergeschäft gehalten. In Vorschuß braucht er für den Einlagerer nicht zu gehen. — Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung können dem Lagerhalter natürlich alle möglichen Pflichten auferlegt werden (Verzollung, Verpackung, Lüftung, Verarbeitung, Versicherung, Vorschußleistung), vgl. z. B. R.G.E. XXXII S. 27; es kann seine Haftung ganz oder in gewissen Beziehungen (z. B. mit Bezug auf Feuerschäden) ausgedehnt und eingeschränkt werden. Vgl. G. Cohn in Endemanns Hdb. III S. 911.

2. Der Lagerhalter **darf im Zweifel nur bei sich lagern.** Lagerung bei einem Nr. 2.
Dritten ist ihm nur bei ausdrücklicher Gestattung des Einlagerers erlaubt (B.G.B. § 691). Diesenfalls haftet er dann nur für culpa in eligendo und custodiendo. Für Verschulden seiner Leute haftet er wie für eigenes Verschulden (B.G.B. §§ 691, 278). — Ist er außer Stand, die eingelagerten Waaren bei sich zu behalten, so hat er zunächst den Einlagerer zu benachrichtigen und dessen Verfügungen einzuholen; ist Gefahr im Verzuge, so kann und muß er im Interesse des Einlagerers die Waare bei einem geeigneten Dritten unterbringen (Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 575).

3. Von der vereinbarten Aufbewahrungsart darf der Lagerhalter Nr. 3.
nicht eigenmächtig abweichen, z. B. nicht das in Trockenräumen zu lagernde Gut in das Freie legen; glaubt er, daß die Abweichung im Interesse des Einlagerers ist, so hat er diesen vorher anzufragen und dessen Entschließungen abzuwarten. Ist die Aenderung geboten und Gefahr im Verzuge, so darf er sie eigenmächtig vornehmen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Einlagerer bei Kenntniß der Sachlage die Aenderung billigen werde, also nicht bei gemessener Weisung des Einlagerers (B.G.B. § 692).

4. Der Lagerhalter ist gehalten, den Anweisungen des Einlagerers, soweit Nr. 4.
sie sich innerhalb des Rahmens des geschlossenen Vertrages bewegen, Folge zu leisten. Anweisungen zu Handlungen, die nicht in den Bereich seiner Pflichten fallen, braucht er nicht zu befolgen.

5. Soweit der Lagerhalter vertragswidrig handelt, hat er dem Einlagerer den Nr. 5.
daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

6. Umgekehrt wird der Einlagerer dem Lagerhalter ersatzpflichtig für den durch Nr. 6.
die Beschaffenheit des eingelagerten Gutes letzterem entstehenden Schaden, wenn er nicht nachweist, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit des Gutes bei der Hingabe weder kannte noch kennen mußte oder daß er sie dem Lagerhalter angezeigt oder daß dieser sie ohne Anzeige gekannt habe (B.G.B. § 694). Durch Vertrag kann er natürlich eine weitergehende Haftung übernehmen.

7. Auf vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Lagergeschäfte ist § 417 nicht anwend- Nr. 7.
bar (E.B.G.B. Art. 170), dagegen findet er unmittelbar Anwendung, wenn das Vertragsverhältniß nach seinem Ablauf stillschweigend fortgesetzt wird.

§ 418.

Der Lagerhalter hat dem Einlagerer die Besichtigung des Gutes, die Entnahme von Proben und die zur Erhaltung des Gutes nothwendigen Handlungen während der Geschäftsstunden zu gestatten.

Entw. I § 392, II § 410; Denkschr. I S. 251, 252, II S. 3261.

1. Nach bürgerlichem Recht ist dem Hinterleger nicht ohne Weiteres (anders Nr. 1.
wenn die Voraussetzungen von B.G.B. § 809 vorliegen) ein **Anspruch auf jederzeitige Besichtigung** der in Verwahrung gegebenen Sache gewährt; ein solcher Anspruch würde — zumal beim unentgeltlichen Depositum — den Verwahrer steten Beunruhigungen aussetzen. Dadurch daß der Hinterleger in die Lage gesetzt ist, die hinterlegte Sache jederzeit zurückzufordern (B.G.B. § 695), ist sein Interesse gewahrt. Anders beim Lagergeschäft. Da es sich hier stets um ein entgeltliches Depositum handelt, da andererseits die eingelagerten Waaren in größeren, dem Publikum zugänglichen Räumen regelmäßig untergebracht sind, und da endlich das Lagergut meist

Digitized by Google

zum Verkauf steht — so ist es dem Einlagerer, beziehungsweise dem berechtigten Inhaber des Lagerscheins (§ 424)[1] unentbehrlich, daß er während der Geschäftsstunden (nicht zu jeder Tageszeit) jederzeit das Lagergut besichtigen darf. Der Einlagerer wird auch verlangen dürfen, daß außer ihm dem mit ihm in Vertragsverhandlungen stehenden Gegenkontrahenten der Zugang mitgestattet werde, da gerade für solche Fälle die Besichtigung von Werth ist. Verweigert der Lagerhalter die Gestattung, so kann der Einlagerer auf Ertheilung der Gestattung klagen, wenn er es nicht vorzieht, das Gut zurückzufordern.

Nr. 2. 2. Der Einlagerer darf ferner verlangen, daß ihm gestattet werde, während der Geschäftsstunden **Proben zu entnehmen**, sei es selbst, sei es durch eine von ihm beorderte Person. Wieweit er berechtigt ist, über die Probennahme hinaus Theile des Gutes mitzunehmen, z. B. Wein auf Flaschen abzuziehen, Wäsche oder Kleider aus den Behältnissen mitzunehmen, hängt davon ab, ob der Lagerhalter oder Inhaber des Lagerpfandscheins wegen ihres Pfand- beziehungsweise Retentionsrechtes Widerspruch zu erheben berechtigt und gewillt sind.

Nr. 3. 3. Er darf endlich verlangen, daß ihm gestattet werde, während der Geschäftszeit **die zur Erhaltung des Gutes nothwendigen Handlungen** vorzunehmen (Reinigung, Trocknung, Lüftung ꝛc.), natürlich nur soweit es die Räumlichkeiten erlauben, er die Ordnung nicht stört und er die Rechte des Lagerhalters oder eines Dritten (z. B. das Pfandrecht) nicht beeinträchtigt. Zu diesem Behufe kann er die nöthigen Leute und Geräthschaften mitbringen (Cohn a. a. O. S. 910). Für den Schaden, den diese in Ausführung ihrer Verrichtung dem Lagerhalter widerrechtlich zufügen, haftet der Einlagerer aus B.G.B. § 831.

Nur zum Zwecke der Erhaltung des Gutes darf er die Handlungen vornehmen. Will er behufs Werthserhöhung des Gutes Thätigkeiten vornehmen, z. B. eine Verarbeitung, Renovirung, Sortirung, so ist er auf die freiwillige Zustimmung des Lagerhalters angewiesen.

Hatte der Lagerhalter die Vornahme solcher Handlungen selbst übernommen, so wird das Recht des Einlagerers insoweit cessiren. Für den Fall des § 419 Abs. 2 versteht sich dies von selbst (Cosack S. 516).

4. Bezüglich des älteren Rechts gilt das in § 417 Nr. 7 Bemerkte. Vgl. übrigens G. Cohn in Endemanns Hdb. III S. 909.

§ 419.

Im Falle der Lagerung vertretbarer Sachen ist der Lagerhalter zu ihrer Vermischung mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte nur befugt, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet ist.

Der Lagerhalter erwirbt auch in diesem Falle nicht das Eigenthum des Gutes; aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesammtvorrathe kann er jedem Einlagerer den ihm gebührenden Antheil ausliefern, ohne daß er hierzu der Genehmigung der übrigen Betheiligten bedarf.

Ist das Gut in der Art hinterlegt, daß das Eigenthum auf den Lagerhalter übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

Entw. I § 393, II § 411; Denkschr. I S. 252, II S. 3261.

Nr. 1. I. Nach bürgerlichem Recht werden zwei Arten des Verwahrungsvertrages geschieden: der **regelmäßige Verwahrungsvertrag** (depositum regulare) und der **Summenverwahrungsvertrag** (Terminologie nach Cosack, Bürgerl. Recht I S. 548, depositum irregulare). Der regelmäßige Verwahrungsvertrag berührt die dinglichen Rechte des Hinterlegers nicht, ihm bleibt sein Eigenthum, er kann im Falle des Kon-

[1] Daß auch dieser das gleiche Recht hat, wird man ohne Weiteres annehmen dürfen. Die Bedenken Simonsons in Z. XLV S. 563 sind nicht gerechtfertigt.

Digitized by Google

kurses des Verwahrers die hinterlegten Gegenstände kraft seines Aussonderungsrechtes beanspruchen. Der Verwahrer wird lediglich unmittelbarer Besitzer (B.G.B. § 868), während der Hinterleger zum mittelbaren Besitzer wird. Der Verwahrer hat kein Recht, die hinterlegten Sachen zu veräußern oder zu verbrauchen. Veräußert er sie unbefugt, so kann freilich der dritte redliche Erwerber nach allgemeinen Grundsätzen Eigenthum erwerben. Beim Summenverwahrungsvertrag soll das Eigenthum auf den Verwahrer übergehen und dieser nur verpflichtet sein, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren. Der Vertrag wird im Ganzen nach den Vorschriften des Darlehns behandelt (B.G.B. § 700). Der Fall des regelmäßigen Verwahrungsvertrages ist stets gegeben bei Hinterlegung einer nicht vertretbaren Sache; der des Summenverwahrungsvertrages kann nur vorkommen bei Hinterlegung vertretbarer Sachen (B.G.B. § 700).

Wann bei Hinterlegung vertretbarer Sachen regelmäßiger, wann Summenverwahrungsvertrag vorliegt, ist Thatfrage.[1]) Nur bei Hinterlegung von Werthpapieren stellt das B.G.B. direkt eine Rechtsvermuthung auf. Es sieht den Vertrag stets als regelmäßigen Verwahrungsvertrag an, wenn nicht ausdrücklich vereinbart ist, daß der Verwahrer Eigenthümer werden und nur den gleichen Betrag zurückgewähren solle (B.G.B. § 700 Abs. 2). Als solche ausdrückliche Vereinbarung erscheint dem Gesetzbuch auch die ausdrückliche Gestattung des Hinterlegers, daß der Verwahrer die Werthpapiere veräußern oder sonst verbrauchen dürfe. Besondere Bestimmungen enthält das Bankdepotgesetz. Darüber unten S. 307.

II. Auch § 419 geht von dieser Doppelscheidung aus. Die beiden ersten Absätze Nr. 2.
beziehen sich auf das regelmäßige, der Abs. 3 auf das Summenlagergeschäft (Cosack, Handelsrecht S. 515).

Werden nicht vertretbare Waaren eingelagert, so ist auch nach Handelsrecht das Geschäft stets ein regelmäßiges Lagergeschäft. Werden vertretbare Waaren eingelagert, so gilt eine generelle Vermuthung für das regelmäßige Lagergeschäft. Ein Summenlagergeschäft soll nur dann vorliegen, wenn ausdrücklich, mündlich oder schriftlich, der Einlagerer mit dem Lagerhalter übereinkommt, daß auf diesen das Eigenthum übergehen und er nur ebensoviel der gleichen Art und Güte zurückgewähren solle. Zwar spricht dies Abs. 3 nicht direkt aus, aber indem Abs. 1 selbst für eine geringere Abweichung vom normalen Lagergeschäft ausdrückliche Gestattung des Einlagerers verlangt, ergiebt sich von selbst der Schluß, daß dies bei dem Summenlagergeschäft nothwendig ist. Ohnehin verweist der wirthschaftliche Zweck des Lagergeschäftes auf dieses Resultat. Denn der Lagerhalter soll ja nicht Bankiergeschäfte, sondern Aufbewahrungsgeschäfte im eigentlichsten Sinne des Wortes betreiben. — Solche ausdrückliche Vereinbarung kann von Anfang an oder kann nachträglich getroffen werden. Im ersteren Fall liegt von vornherein ein Summenlagergeschäft vor, im zweiten Falle verwandelt sich das gewöhnliche Lagergeschäft nachträglich in ein Summenlagergeschäft (vgl. B.G.B. § 700 Abs. 1).

Das Summenlagergeschäft aber wird vom Gesetzbuch überhaupt nicht nach den Grundsätzen des Lagergeschäftes behandelt (§ 419 Abs. 3). Es untersteht vielmehr einfach den Vorschriften des B.G.B. § 700. Wer derartige Geschäfte gewerbsmäßig betreibt, ist also nicht Lagerhalter, sondern Kaufmann anderer Art (insbesondere aus § 1 Abs. 2 Nr. 1). Somit bleibt für das Lagergeschäft nur das depositum regulare übrig. Dieses kommt aber nach § 419 in doppelter Gestalt vor:

1. Als **einfaches Lagergeschäft**, bei dem der Lagerhalter das Lagergut des Ein- Nr. 3.
lagerers rechtlich gesondert (als Sonderlagergut Cosack S. 515) von den Lagergütern anderer Einlagerer halten muß. Das ist stets der Fall beim Lagergeschäft über nicht vertretbares Gut und präsumtiv der Fall beim Lagergeschäft über vertretbares Gut (Getreide, Petroleum, Oel, Spiritus). Der Lagerhalter darf hier insbesondere das Gut nicht mit anderem Gut verbinden, vermischen oder vermengen (B.G.B. §§ 947, 948) und bedarf zu jeder Auslieferung des Gutes an einen Anderen als den Einlagerer, beziehungsweise berechtigten Inhaber des Lagerscheins der Genehmigung. Verstößt er hiergegen, so macht er sich schadensersatzpflichtig (B.G.B. § 951 Abs. 2), u. U. sogar strafbar. Die sachenrechtlichen Folgen der verbotenen Verbindung, Vermischung und Vermengung bestimmen sich jedoch nach bürgerlichem Recht (B.G.B. §§ 947 ff.).

[1]) So wird die Hingabe von baarem Gelde, falls es nicht verschlossen übergeben wird, als Summenverwahrungsvertrag anzusehen sein.

Digitized by Google

Nr. 4. 2. **Als Menglagergeschäft** (die Bezeichnung bei K. Adler in Conrads Hdb. VI S. 606, Typenlagergeschäft: Simonson in Z. XLV S. 565, Lagerung alla rinfusa)[1]. Dies kommt nur vor, wenn das Gut vertretbar ist und bedarf ausdrücklicher (mündlicher oder schriftlicher) Gestattung des Einlagerers. Die Gestattung kann von Anfang an und kann nachträglich ertheilt werden. Im ersten Fall ist das Geschäft sofort Menglagergeschäft, letzterenfalls verwandelt es sich aus dem einfachen Lagergeschäft in ein Menglagergeschäft. Die einmal ertheilte Gestattung ist nicht frei widerruflich.

Beim Menglagergeschäft wird der Lagerhalter nicht Eigenthümer des Lagergutes, er hat somit nicht das Recht, es zu veräußern oder dingliche Rechte daran zu bestellen, er haftet im Zweifel nicht für casus (vgl. schon den Fall des Saufejus in l. 31, D. 19, 2), er behält das Pfandrecht am Gute u. s. w. Was er hinzuerwirbt, ist:

Nr. 5. a) Die Befugniß, das Gut des Einlagerers mit anderem Gut gleicher Art und Güte, sei es anderer Einlagerer, sei es eigenem Gut zu vermischen oder zu vermengen und damit die sachenrechtlichen Folgen des B.G.B. §§ 947, 949 hervorzurufen. In der Gestattung der Vermischung liegt also die Vollmacht des Einlagerers an den Lagerhalter, für den Einlagerer den sachenrechtlichen Akt vorzunehmen, d. h. die Eigenthümer der anderen Güter zu Miteigenthümern an seinem Gut und ihn zum Miteigenthümer an dem Gut der anderen Miteigenthümer zu machen. Diese Vollmacht erstreckt sich aber im Zweifel nur auf die Vermischung mit Gut gleicher Art (also z. B. nicht Roggen mit Weizen) und gleicher Güte. Soll sie weitergehend sein, so muß dies ausdrücklich gesagt werden.

Macht der Lagerhalter von dieser Befugniß nicht Gebrauch, so verbleibt das Lagergut im selben Rechtszustand, wie beim einfachen Lagergeschäft. Macht er davon Gebrauch, so erzeugt er zwischen den Personen, deren Gut vermengt wird, Miteigenthum mit den Folgen des B.G.B. §§ 947 -949. Die Antheile am Gesammtvorrath bestimmen sich nach dem Verhältniß des Werthes, den die beiderseitigen Mengen zur Zeit der Vermischung hatten (B.G.B. § 947 Abs. 1). Der Lagerhalter bewahrt für die mehreren Miteigenthümer nur das Gut auf, die Mehreren besitzen durch ihn mittelbar (B.G.B. § 866), er hat jedem von ihnen gegenüber mit Bezug auf die betreffende Quote die Pflichten und Rechte eines Lagerhalters, er haftet also jedem von ihnen für custodia, hat jedem von ihnen die Besichtigung zu gestatten und hat ein Pfandrecht an jeder Quote des Gesammtvorrathes. Die betreffenden Einlagerer selbst stehen im Verhältniß der Gemeinschaft nach Bruchtheilen (B.G.B. §§ 741 ff.), jeder kann über seine Quote frei verfügen (B.G.B. § 749), den eintretenden Schaden haben sie nach ihren Bruchtheilen zu tragen. Geräth der Lagerhalter in Konkurs, so kann jeder hinsichtlich seines Theiles Aussonderung begehren (K.O. § 43). — Vermengt der Lagerhalter das Gut mit eigenem Gut oder erwirbt er den Antheil eines der Miteigenthümer, so steht er in einem doppelten Verhältniß zu dem Einlagerer, einmal als Lagerhalter hinsichtlich der Quote des Einlagerers, sodann als Miteigenthümer; geräth er in Konkurs, so greifen dann die Vorschriften der K.O. §§ 16, 51 statt.

Nr. 6. b) Die weitere Befugniß, jedem der Miteigenthümer den ihm gebührenden Antheil auszuliefern, ohne daß er hierzu einer Genehmigung der übrigen Betheiligten bedarf. Hierin liegt eine Aufhebung der Gemeinschaft, auf die zwar jeder der Gemeinschafter gegen den Anderen ein Recht hat (B.G.B. § 749 Abs. 1), zu der aber an sich der Lagerhalter nicht befugt wäre. Indem das Gesetz ihm gestattet, ohne Befragung, ja selbst wider den Widerspruch der anderen Gemeinschafter jedem Gemeinschafter seine Rate auszuhändigen, erblickt es in der Erlaubniß der Vermischung zugleich die unentziehbare Vollmacht, Namens der Gemeinschafter die Gemeinschaft aufzuheben und die Theilung vorzunehmen (B.G.B. § 752). Demgemäß wird auch Jeder der Gemeinschafter gegen ihn auf Herausgabe des gebührenden Antheils mit der Kontrakts- und der Eigenthumsklage vorgehen können.

III. **Aelteres Recht.** Nach älterem Recht war meist die Frage, ob regelmäßiger oder Summenverwahrungsvertrag vorliege, Thatfrage, ohne daß eine Rechtsvermuthung bestand. Dies hat denn auch für vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossene Lagergeschäfte zu gelten.

Auch das Menglagergeschäft war dem älteren Recht bekannt, doch war die juristische Struktur nicht unbestritten. Insbesondere war zweifelhaft, ob nicht das

[1] Irrig bezieht Lieser, Das Lagergeschäft 1899, diese Bezeichnung auf das depositum irregulare.

Digitized by Google

Eigenthum direkt auf den Lagerhalter überging. Da § 419 Abs. 2 den Eigenthumserwerb behandelt, so findet er auf alle Thatbestände, die vom 1. Januar 1900 ab eintreten, Anwendung, selbst wenn das Menglagergeschäft vor dem 1. Januar 1900 geschlossen war. Doch ist zu beachten, daß, falls das Menglagergeschäft nach altem Recht zweifellos unter das depositum irregulare fiel, die Intention der Parteien auf Uebertragung des Eigenthums an den Lagerhalter gerichtet war, somit der Umstand, daß der Vertrag vor dem 1. Januar geschlossen war, mittelbar für die dingliche Seite von Bedeutung ist. Nähme der Lagerhalter die Vermischung dann nach dem 1. Januar 1900 vor, so könnte darin nach der Absicht der Parteien die Einigung über den Uebergang des Eigenthums (B.G.B. § 929 Satz 2) erblickt werden.

Auf vor dem 1. Januar 1900 vorgenommene Vermischungen findet das alte Recht Anwendung. War auch nach diesem die Folge der Vermischung, daß Miteigenthum zu Bruchtheilen zwischen den mehreren Einlagerern erzeugt wurde, so untersteht vom 1. Januar 1900 ab zwar das Kommunionsverhältniß den Vorschriften des neuen Rechts (E.B.G.B. Art. 173). Doch würde die Befugniß des Lagerhalters, jedem der Einlagerer den ihm gebührenden Antheil auszuliefern, sich weiter nach altem Recht bestimmen, denn sie ist Folge des obligatorischen Verhältnisses zwischen Einlagerern und Lagerhalter, nicht Folge der communio.

§ 420.

Der Lagerhalter hat Anspruch auf das bedungene oder ortsübliche Lagergeld sowie auf Erstattung der Auslagen für Fracht und Zölle und der sonst für das Gut gemachten Aufwendungen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Von den hiernach dem Lagerhalter zukommenden Beträgen (Lagerkosten) sind die baaren Auslagen sofort zu erstatten. Die sonstigen Lagerkosten sind nach dem Ablaufe von je drei Monaten seit der Einlieferung oder, wenn das Gut in der Zwischenzeit zurückgenommen wird, bei der Rücknahme zu erstatten; wird das Gut theilweise zurückgenommen, so ist nur ein entsprechender Theil zu berichtigen, es sei denn, daß das auf dem Lager verbleibende Gut zur Sicherung des Lagerhalters nicht ausreicht.

Entw. I § 394, II § 412; Denkschr. I S. 253, II S. 3261.

I. **Abs. 1 gewährt dem Lagerhalter Anspruch auf die Lagerkosten.** Der Begriff der Lagerkosten umfaßt nicht sämmtliche vermögensrechtlichen Ansprüche des Lagerhalters aus dem Lagergeschäft. Insbesondere gehören dahin nicht Ansprüche aus Vorschüssen und auf Ersatz von Schäden, die durch Beschaffenheit der Waare an anderen Gütern verursacht worden sind (Denkschr. II S. 3261), oder die dem Lagerhalter sonst aus Lagerung der Waare erwachsen (z. B. gegenüber der Polizei- oder Steuerbehörde durch unrichtige Deklaration). Hinsichtlich der letzteren normirt B.G.B. § 694. Der Einlagerer hat sie dem Lagerhalter zu ersetzen, sofern er nicht nachweist, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit des Gutes bei der Einlagerung weder gekannt habe, noch kennen mußte oder daß er sie dem Lagerhalter angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt habe. — Der Unterschied zwischen Lagerkosten und sonstigen Ansprüchen des Lagerhalters aus dem Lagergeschäft ist von Wichtigkeit einmal hinsichtlich des Fälligkeitstages (darüber bei Abs. 2), sodann hinsichtlich des Pfandrechts des Lagerhalters (darüber bei § 421). Unter die Lagerkosten fallen folgende Ansprüche: Nr. 1.

1. Anspruch auf das **Lagergeld.** Dieser steht dem Lagerhalter kraft Gesetzes zu, was sich ohnehin aus § 354 Abs. 1 ergeben würde. Ueber die Höhe und Art des Lagergeldes entscheidet der Vertrag, event. Ortsüblichkeit, eventualissime greift B.G.B. § 316 Platz. Nr. 2.

2. Anspruch auf Erstattung der **Aufwendungen für das Gut,** soweit der Lagerhalter sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte, d. h. soweit er als ordentlicher Lagerhalter der gewissenhaften Ueberzeugung war, daß sie erforderlich seien (vgl. B.G.B. § 693). Daß sie wirklich objektiv nothwendig waren, ist nicht erforderlich. Nr. 3.

Digitized by Google

Das Gesetz hebt hervor Auslagen für Fracht und Zölle, weiter gehören dahin Versicherungsgelder für aufgetragene Versicherung, Arbeiten zur Erhaltung des Gutes, Kosten des nothwendigen Selbsthülfeverkaufes, Kosten der Beweisaufnahme nach § 388 Abs. 1. Immer aber muß es sich um Aufwendungen für das Gut, d. h. dasjenige Gut, dessen Lagerung und Aufbewahrung den Gegenstand dieses Lagergeschäfts bildet, handeln.

Nr. 4. II. Abs. 2 bestimmt den Fälligkeitstag der Lagerkosten. Die Fälligkeit der sonstigen Ansprüche aus dem Lagergeschäft regulirt sich nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. insbesondere § 354 Abs. 2). Der gesetzliche Fälligkeitstag der Lagerkosten gilt nur, soweit die Parteien nicht ein Anderes bestimmt haben, sei es mit ausdrücklichen Worten, sei es stillschweigend, indem sie sich einem Handelsgebrauch (§ 346) oder Ortsgebrauch unterwerfen. Das Gesetz unterscheidet:

a) Baare Auslagen für das Gut, sei es mit Bezug auf Fracht und Zölle, sei es sonstige Auslagen, soweit er sie in Gemäßheit des Abs. 1 ersetzt verlangen kann. Die Auslagen müssen baar gemacht sein, d. h. durch Zahlung von Geld oder Hingabe von als Geld betrachteten Werthpapieren (z. B. Banknoten). Bloße Ausstellung eines Wechsels, Belastung im Kontokurrentverkehr, Aufrechnung u. dgl. genügt nicht. Die baaren Auslagen kann der Lagerhalter sofort ersetzt verlangen, es laufen somit vom Tage der Leistung (§ 352 Abs. 2) 5% Zinsen. Dies stimmt mit H.G.B. § 354 Abs. 2 überein.

b) Sonstige Lagerkosten, insbesondere Anspruch auf das Lagergeld. Diese sind im Zweifel postnumerando nach dem Ablauf von je drei Monaten seit dem Tage der Einlieferung zu zahlen (Berechnung B.G.B. § 188 Abs. 2). Wird das Gut in der Zwischenzeit zurückgenommen, sei es freiwillig vom Einlagerer, sei es in Folge berechtigten Verlangens des Lagerhalters (§ 422), so sind sie bei der Zurücknahme[1]) zu erstatten, also Zug um Zug. Wird das Gut theilweise zurückgenommen, so ist, falls nicht aus der Vereinbarung ein Anderes sich ergiebt, der entsprechende Theil zu berichtigen (vgl. B.G.B. § 699). Der Lagerhalter ist verpflichtet, den betr. Theil des Gutes herauszugeben, falls er den entsprechenden Theil der Lagerkosten erhält. Nur wenn der übrig bleibende Theil des Gutes ihm nicht genügende Deckung für seine Ansprüche auf den Rest der Lagerkosten gewährt, kann er die Herausgabe verweigern. Darüber bei § 421.

Nr. 5. III. Vor dem 1. Januar 1900 eingegangene Lagergeschäfte werden von § 420 nicht beherrscht. Wichtig wegen der Fälligkeit der sonstigen Lagerkosten. Das Lagergeld ist gewöhnlich erst bei Beendigung des Vertrages zu zahlen.

§ 421.

Der Lagerhalter hat wegen der Lagerkosten ein Pfandrecht an dem Gute, solange er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Entw. I § 395, II § 413; Denkschr. I S. 254, 210, II S. 3262, 3242.

Nr. 1. 1. Die Voraussetzungen des **gesetzlichen Pfandrechts** des Lagerhalters sind noch enger, als die des Spediteurs. Er hat es keineswegs wegen aller Forderungen aus diesem Lagergeschäft, sondern nur wegen der Lagerkosten (über den Begriff § 420 Nr. 1—3).[2]) Das Pfandrecht besteht am Lagergut, gleichgültig, ob dies dem Einlagerer gehört oder nicht (z. B. ob der Spediteur oder Frachtführer Einlagerer ist, Fall in R.G.E. XXXII S. 27), sofern nur der Lagerhalter beim Erwerb des Besitzes des Gutes des guten Glaubens war, daß das Gut dem Einlagerer gehört oder daß der Einlagerer befugt war, das Gut für den Eigenthümer auf Lager zu geben[3]) (§ 366 Abs. 3). Das Pfandrecht dauert so lange, als der Lagerhalter das Gut in Besitz hat. Darüber bei § 396. Ueber die Realisirung des Pfandrechts gilt das Gleiche, wie beim Kommissionär. Durch Vereinbarung kann es ausgeschlossen werden. Solche Vereinbarung wird auch

[1]) D. h. in dem Moment, wo die Zurücknahme erfolgen mußte, der Einlagerer also in Annahmeverzug geräth. Dies ist gegen Simonson S. 542 anzunehmen.

[2]) Der Grund ist, die Uebertragbarkeit des Lagerscheines nicht zu erschweren, Simonson S. 567.

[3]) Dies Letztere wird besonders praktisch in Fällen wie denen der §§ 362 Abs. 2, 373 Abs. 1, 379 Abs. 1, 437 Abs. 2 u. s. w.

Digitized by Google

hier darin zu erblicken sein, daß der Lagerhalter sich verpflichtet, dem legitimirten Inhaber des Lagerscheins das Gut kostenfrei auszuliefern. Vgl. bei § 410.

Nr. 2. 2. Außer dem gesetzlichen Pfandrecht des § 421 hat der Lagerhalter möglicherweise das **kaufmännische Zurückbehaltungsrecht** des § 369, wenn der Einlagerer Kaufmann ist und das Lagergut ihm gehört. Abs. 3 des § 369 würde hier nicht ohne Weiteres Platz greifen, vielmehr bedürfte es einer deutlichen Willenskundgebung des Einlagerers bei Eingehung des Lagergeschäfts, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht Platz greifen solle. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht würde nur gegenüber dem Einlagerer bestehen; inwieweit es gegenüber dem Erwerber des Lagergutes durch den Lagerschein bestehen kann, darüber bei § 369 Nr. 20. Doch kann möglicherweise der Lagerhalter gegen den Erwerber des Lagergutes ein selbständiges kaufmännisches Retentionsrecht besitzen. Läßt nämlich der Erwerber des Lagergutes das Gut, das er heraus verlangen könnte, freiwillig im Besitz des Lagerhalters, so kann von diesem Moment ab, falls sonst die Voraussetzungen des § 369 vorliegen, der Lagerhalter gegen ihn das Zurückbehaltungsrecht erwerben. — Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ergänzt das gesetzliche Pfandrecht, insofern es wegen aller fälliger Forderungen aus dem Lagergeschäft, ja sogar aus früheren Lagergeschäften zusteht.

Nr. 3. 3. Der Lagerhalter hat endlich auch das **bürgerliche Zurückbehaltungsrecht** (B.G.B. §§ 273, 274), das gegenüber dem nichtkaufmännischen Einlagerer von Bedeutung ist, ferner gegenüber dem Erwerber des Lagergutes (hinsichtlich des durch das Lagergut verursachten Schadens).

Nr. 4. 4. Das durch § 421 gewährte gesetzliche Pfandrecht kommt den vor dem 1. Januar 1900 eingegangenen Lagergeschäften nicht zu Statten.

§ 422.

Der Lagerhalter kann nicht verlangen, daß der Einlagerer das Gut vor dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit und, falls eine solche nicht bedungen ist, daß er es vor dem Ablaufe von drei Monaten nach der Einlieferung zurücknehme. Ist eine Lagerzeit nicht bedungen oder behält der Lagerhalter nach dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit das Gut auf dem Lager, so kann er die Rücknahme nur nach vorgängiger Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monate verlangen.

Der Lagerhalter ist berechtigt, die Rücknahme des Gutes vor dem Ablaufe der Lagerzeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Entw. I § 396, II § 414; Denkschr. I S. 254, II S. 3262.

Nr. 1. 1. Der **Einlagerer kann das Gut jederzeit zurückfordern,** selbst wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt war (B.G.B. § 695), dasselbe gilt von dem legitimirten Erwerber des Lagerscheins.[1]) War (was der Lagerhalter event. zu beweisen hätte) die Zeitbestimmung dahin aufzufassen, daß dem Lagerhalter der Anspruch auf das Lagergeld für die ganze Zeit garantirt werden sollte, so würde der Lagerhalter bei vorzeitiger Rücknahme das ganze Lagergeld beanspruchen und insoweit sein Pfandrecht aus § 421 geltend machen, es sei denn, daß er die Lagerräume anderweitig verwerthet. Liegt dieser besondere Fall nicht vor, so hätte er dagegen das Lagergeld nur für den betr. Zeitraum[2]) zu beanspruchen (B.G.B. § 699 Abs. 2).

Nr. 2. 2. Dagegen kann der **Lagerhalter nicht jederzeit die Rücknahme des Lagergutes verlangen.** Vielmehr unterscheidet das Gesetz:

a) Ist eine Lagerzeit bedungen, so ist der Lagerhalter verpflichtet, das Gut bis zum Ablauf der Lagerzeit aufzubewahren und alle ihm durch das Lagergeschäft

[1]) Ueber Lieferscheine und Gewichtsnoten bei theilweisem Verkauf des eingelagerten Quantums Seuffert LVI Nr. 110, auch unten § 424 Nr. 17.

[2]) Dieser Zeitraum darf allerdings nicht nach Tagen berechnet werden, gewöhnlich wird die ganze Zeiteinheit (das Quartal) in Frage kommen. Das ergiebt sich schon aus § 422 Abs. 1.

Digitized by Google

auferlegten Pflichten bis dahin zu beobachten. Wird nach Ablauf der Lagerzeit der Kontrakt auf bestimmte Zeit verlängert, so gilt für diesen Zeitraum das Gleiche. So auch B.G.B. § 696 Satz 2.

Nr. 3. b) Ist von Anfang an eine Lagerzeit nicht bedungen, so ist in Abweichung vom B.G.B. § 696 mangels entgegenstehender Vereinbarung — die auch stillschweigend unter Bezugnahme auf Ortsgebräuche erfolgen kann — der Lagerhalter verpflichtet, das Gut drei Monate, von der Einlieferung an gerechnet (Berechnung B.G.B. § 188 Abs. 2), aufzubewahren. Nach Ablauf dieses Zeitraumes kann er die Rücknahme vom Einlagerer begehren, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß er mindestens einen Monat vor Ablauf des Zeitraumes dem Einlagerer, beziehungsweise dessen Nachmann, z. B. dem berechtigten Inhaber des Lagerscheines, gekündigt hat. Würde also die Aufbewahrungspflicht am 1. April ablaufen, so müßte er spätestens am 1. März gekündigt haben, d. h. die Kündigung — die mündlich oder schriftlich erfolgen kann — müßte spätestens am 1. März dem Einlagerer zugegangen sein (B.G.B. § 130), die Absendung genügt nicht.

Nr. 4. c) Behält der Lagerhalter das Gut nach Ablauf der bedungenen Lagerzeit auf Lager, ohne eine bestimmte neue Frist zu vereinbaren, so kann er die Rücknahme nur nach vorgängiger einmonatlicher Kündigung verlangen. Diesem Falle wird der andere, daß er das Gut nach Eintritt des Kündigungstermines fortbehält, gleichzustellen sein.

Nr. 5. d) Die Kündigungsfrist kann natürlich durch Vereinbarung (ausdrückliche oder stillschweigende, Bezugnahme auf Ortsgebrauch) verkürzt oder verlängert werden, ja die Kündigung ganz erlassen werden.

Nr. 6. e) Eine **Ausnahme** von den Grundsätzen sub a bis d gilt dann, wenn für den Lagerhalter ein **wichtiger Grund zur sofortigen Rücknahme** vorliegt. Alsdann ist er überhaupt nicht weiter verpflichtet, die Vertragszeit auszuhalten, und braucht auch nicht zu kündigen. Wichtiger Grund ist jede Thatsache, die die Weiteraufbewahrung für den Lagerhalter als unbillige Erschwerung seiner Existenzbedingungen erscheinen läßt, gleichgültig, ob der Einlagerer in Schuld ist oder nicht, also nicht bloß der Fall, daß der Einlagerer Lagergut eingeliefert hat, das dem Lagerhalter Schaden bereitet, oder daß er die Lagerkosten nicht zahlt, sondern auch der Fall, daß der Lagerhalter die Lokalität oder das Geschäft aufgiebt, daß er wichtige Umbauten vornimmt, daß Krankheiten bei ihm ausbrechen u. dgl. m. (Fischer-Henle zu B.G.B. § 696). Auch daß der Werth des Lagergutes zur Deckung der zukünftigen Lagerkosten nicht mehr ausreicht, ist justa causa (Simonson in Z. XLV S. 567).

Nr. 7. f) Der Einlagerer, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger ist im Zweifel verpflichtet, das Gut vom Lagerhalter zu holen, die Rückgabe erfolgt am Lagerungsort (B.G.B. § 697). Der Einlagerer geräth, wenn er das Gut nicht holt, in Annahmeverzug, und zwar je nachdem die Voraussetzungen von B.G.B. § 295 oder B.G.B. § 296 vorliegen, auf das Angebot, beziehungsweise die Aufforderung des Lagerhalters oder ohne solche. Der Lagerhalter haftet nur noch für culpa lata (B.G.B. § 300), kann Ersatz der Mehraufwendungen verlangen (B.G.B. § 304), das Gut anderswo unterbringen, es möglicherweise (Art. 146 E.B.G.B.) öffentlich hinterlegen, endlich kraft seines Pfand- und etwaigen kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zum Verkauf des Gutes schreiten.

Nr. 8. 3. Ist der Einlagerer mit der Zahlung der Lagerkosten und Erfüllung seiner sonstigen Verbindlichkeiten in Verzug, so wird man dem Lagerhalter auch das Recht geben müssen, nach B.G.B. § 326 vorzugehen. Doch führt der andere Weg besser und schneller zum Ziele und wird dieser Weg praktisch kaum beschritten werden.

Nr. 9. 4. Das Lagergeschäft endet ferner durch Untergang des Lagergutes, durch Vereinbarung eines anderen Rechtsverhältnisses zwischen beiden Theilen, z. B. Sachmiethe, depositum irregulare, Kauf, Speditionsauftrag, sofern letzterer wirklich das Lagergeschäft ersetzen und nicht bloß event. hinzutreten soll. Geräth einer der beiden Theile in Konkurs, so greift K.O. § 17 Platz. Vgl. auch § 26 K.O.

Nr. 10. 5. Auf vor dem 1. Januar 1900 eingegangene Lagergeschäfte findet § 422 keine Anwendung.

Insbesondere würden solche — mangels abweichender gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmung —, falls eine Lagerzeit nicht bedungen ist, von Seiten des Lagerhalters jederzeit kündbar sein. Ist eine Lagerzeit bedungen und wird nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts der Vertrag stillschweigend fortgesetzt, nachdem die Lagerzeit abgelaufen ist, so fällt der Lagervertrag nun unter das neue Recht. § 422 greift von nun ab Platz.

Digitized by Google

§ 423.

Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Im Falle des gänzlichen Verlustes beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste macht.

Entw. I § 397, II § 415; Denkschr. I S. 255, II S. 3262. Vgl. zum Ganzen bei § 414.

Nr. 1. 1. Auch hier sind **nur bestimmte Ansprüche gegen den Lagerhalter** der kurzen Verjährung unterworfen, z. B. nicht der Anspruch wegen unterlassener Versicherung des Lagergutes, zu hoher Berechnung des Lagergeldes. Alle diese Ansprüche unterliegen der gewöhnlichen Verjährung des bürgerlichen Rechts.

Die Ansprüche müssen sich auch hier gegen den Lagerhalter als solchen richten. Gleichgültig ist, ob sie dem Einlagerer oder dem Erwerber des Lagergutes zustehen.

Unter Ablieferung ist hier sowohl Rückgabe an den Einlagerer als Herausgabe an den berechtigten Inhaber des Lagerscheins zu verstehen.

Die bemerkenswertheste Abweichung ist die, daß im Falle des gänzlichen Verlustes des Lagergutes (über den Begriff bei § 414 Nr. 4) die Verjährung mit dem Ablauf des Tages beginnt, an dem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste macht. Die Denkschrift rechtfertigt dies damit, daß „es hier an einer bestimmten Zeit für die Auslieferung fehlt, das Gut vielmehr auf Verlangen des Einlagerers jederzeit herauszugeben ist". Zur Anzeige ist übrigens der Lagerhalter verpflichtet (§ 417 Abs. 2). Ist das Gut durch den Lagerschein auf einen Anderen übertragen und dem Lagerhalter davon in Gemäßheit von B.G.B. § 409 Mittheilung gemacht, so hat er die Anzeige dem neuen Erwerber zu erstatten.

Im Falle verspäteter Ablieferung beginnt die Verjährung auch hier mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung hätte bewirkt, d. h. vollendet sein müssen.

Nr. 2. 2. Die Ansprüche des **Lagerhalters gegen den Einlagerer** verjähren nach gewöhnlichen Grundsätzen. Von den in Frage kommenden B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 1 und B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 7 paßt streng genommen dem Wortlaut nach weder der eine noch der andere; denn weder handelt es sich um die „Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte" noch um die „Leistung von Diensten". Indessen kann es unmöglich angehen, den Anspruch des Lagerhalters der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung zu unterwerfen. Vielmehr wird man ihn analog dem Spediteur zu behandeln und deshalb § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 anzuwenden haben.

Nr. 3. 3. § 324 greift für alle vom 1. Januar 1900 an entstehenden Ansprüche der in ihm aufgeführten Art Platz, auch wenn das Lagergeschäft vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossen war. Ueber die Anwendbarkeit seiner Bestimmungen auf die früher entstandenen Ansprüche vgl. E.B.G.B. Art. 169.

§ 424.

Ist von dem Lagerhalter ein Lagerschein ausgestellt, der durch Indossament übertragen werden kann, so hat, wenn das Gut von dem Lagerhalter übernommen ist, die Uebergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.

Entw. I § 398, II § 416; Denkschr. I S. 248—250, 255, II S. 3259, 3260, 3263. Litteratur: Cosack S. 517 ff.

Der Schlußparagraph dieses Abschnittes regelt die sachenrechtliche Wirkung der Uebergabe indossabler Lagerscheine.

Nr. 1. I. **Lagerscheine** sind vom Lagerhalter ausgestellte Urkunden,[1]) durch die er den Empfang des Lagergutes bescheinigt und sich verpflichtet, dem berechtigten Inhaber des

[1]) Verpflichtet zur Ausstellung solcher ist der Lagerhalter kraft Gesetzes nicht.

Digitized by Google

Lagerscheins das Lagergut in Gemäßheit des Lagerscheins auszuhändigen. Sie können auf Namen lauten, indem eine bestimmte Person, an die das Lagergut ausgeliefert werden soll, darin angegeben wird — sei es der Einlagerer, sei es ein Dritter (Rektalagerschein) —, sie können auf Order gestellt werden und sie können auf Inhaber lauten.

Nr. 2. Nach Reichsrecht sind Lagerscheine als Namenspapiere und als Inhaberpapiere zulässig; an Order gestellt werden können sie dagegen nur von Lagerhausanstalten — also von Lagerhaltern mit Großbetrieb — und dann auch nur unter der Voraussetzung, daß die betr. Anstalt staatlich, d. h. von dem Bundesstaat, in dem sie ihren Sitz hat, zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigt ist[1]) — § 363 Abs. 2. Dagegen kann das Landesrecht Lagerscheine an Order auch ohne diese Voraussetzungen zulassen — Art. 16 E.H.G.B.

Nr. 3. Die Lagerscheine sollen der sachenrechtlichen Uebertragung im Ganzen dienen. Von ihnen zu scheiden sind Lagerpfandscheine, die nur der Pfandbestellung dienen sollen (Warrants). Je nachdem ein Gesetz nur Lagerscheine kennt, die allen sachenrechtlichen Geschäften dienen, oder Lagerscheine einerseits, die der Eigenthumsübertragung, Lagerpfandscheine andererseits, die der Verpfändung des Lagergutes dienen, unterscheidet man Einschein- und Zweischeinsystem.

Das H.G.B. spricht nur von Lagerscheinen, es weiß von Lagerpfandscheinen nichts, es huldigt also grundsätzlich dem Einscheinsystem. Das E.H.G.B. Art. 16 läßt aber die landesgesetzlichen Vorschriften über Lagerpfandscheine unberührt, gestattet also dem Landesrecht, das Zweischeinsystem beizubehalten oder anzunehmen.

Nr. 4. II. Bei den Lagerscheinen ist ein zwiefaches Verhältniß auseinanderzuhalten: das sachenrechtliche Verhältniß am Gut und das obligatorische Verhältniß zwischen Lagerhalter einerseits und dem berechtigten Inhaber des Lagerscheins andererseits.

1. **Sachenrechtliches Verhältniß.** Der Lagerschein soll der Uebertragung von Rechten an dem Lagergut dienen. Indem der Einlagerer den Lagerschein an diejenige Person, die durch ihn zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, aushändigt, will er dieselben Rechtswirkungen für sie erzeugen, die er sonst durch Uebergabe des Gutes erzeugt. Vermag er dies nach Reichsrecht, und wenn nicht, nach Landesrecht?

Nr. 5. a) Das Reichsrecht weiß von einer sachenrechtlichen selbständigen Bedeutung der **Rektalagerscheine** nichts, es erkennt den Rektalagerschein als Traditionspapier nicht an. Es geht auch angesichts des § 424 nicht an, mit dem R.G. (E. XXVIII S. 42) und Cosack S. 519 dies ohne Weiteres zu subintelligiren; denn das Gesetz drückt sich klar und unzweideutig aus. Doch würde die Uebertragung des Rektalagerscheins nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts wirksam sein. Es läge darin eine Uebertragung des mittelbaren Besitzes (B.G.B. § 870), vom Einlagerer auf den Destinatär; hinsichtlich der Pfandbestellung B.G.B. § 1205 Abs. 2. Voraussetzung ist, daß der Lagerhalter das Gut noch besitzt[2]) (B.G.B. § 931).

Dagegen kann das Landesrecht auch dem Rektalagerschein die in § 424 ausgesprochene Tragweite beimessen, sei es mit Bezug auf alle, sei es mit Bezug auf gewisse sachenrechtliche Wirkungen. Dies ergiebt sich aus Art. 16 E.H.G.B.

Nr. 6. b) Was den **Orderlagerschein** betrifft, so mißt § 424 dem rechtmäßig ausgestellten Orderlagerschein die Wirkung bei, daß die Uebergabe an den durch ihn Legitimirten für den Erwerb von Rechten am Gut dieselbe Wirkung hat, wie die Uebergabe des Gutes. Nothwendig ist:

α) Daß der Orderlagerschein **rechtmäßig** ausgestellt ist, d. h. entweder von einer staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalt (§ 363 Abs. 2) oder kraft Ermächtigung des maßgebenden Landesrechts (Art. 16 E.H.G.B.) von sonstigen Lagerhaltern.

Nr. 7. β) Daß das Gut **von dem Lagerhalter übernommen** ist, d. h. daß der Lagerhalter den Besitz des Lagergutes und zwar den unmittelbaren Besitz erhalten hat. Solange der Lagerhalter den Besitz noch nicht hat, vermag der Lagerschein die sachenrechtliche Wirkung nicht zu erzeugen. Auch muß der Lagerhalter den Besitz weiter behalten, sei es in Gestalt des unmittelbaren, sei es in Gestalt des mittelbaren Besitzes. Verliert er den Besitz, so büßt der Lagerschein für die Zukunft seine

[1]) Ueber die Einzelheiten normirt das Landesrecht. Vgl. Lübeck A.G. zum B.G.B., H.G.B. und zur W.O. vom 7. November 1899 § 165, Meckl. A.V. zum H.G.B. § 7, Elsaß-Lothr. A.G. zum F.G. § 39 Abs. 1 Nr. 2.

[2]) Besitzt das Gut ein Dritter, so könnte darin eine Vindikationscession liegen (B.G.B. § 934). Eine Pfandbestellung wäre aber dann nicht möglich.

Digitized by Google

sachenrechtliche Wirkung ein. Dies ist freilich bestritten; a. A. z. B. Strohal, Sachbesitz S. 95, Adler, österr. Lagerhausrecht S. 173 — aber nach dem B.G.B. wird Eigenthumserwerb dann freilich noch möglich sein durch Abtretung der Vindikation gegen den Besitzer des Lagergutes. Nur die eigenthümliche Funktion des Lagerscheines cessirt von dem Moment ab, wo das Lagerhaus das Gut verliert oder einem Dritten zu Eigenbesitz aushändigt. — Ist der Dritterwerber des Gutes nach allgemeinen Grundsätzen durch reale Tradition Eigenthümer geworden, so geht er dem Erwerber des Lagerscheins vor (Adler a. a. O. S. 172). Nicht richtig ist es, wenn Adler meint, die dingliche Wirkung des Lagerscheins sei gerade für die Fälle praktisch, wo zur Zeit der Erwerbung des Lagerscheins die Waare sich im Besitze eines Diebes befände. Die praktische Bedeutung liegt im Erwerbe des Besitzes ohne Zuhilfenahme der allgemeinen civilistischen Grundsätze, was bei in blanco indossirten Lagerscheinen hervortritt.

γ) Daß der **Lagerschein** übergeben wird. Die Uebergabe eines anderen Papieres erzeugt nicht die gleiche Wirkung. Insbesondere darf, wo das Einscheinsystem gilt, nicht ein besonderer Lagerpfandschein übergeben werden. Anders, wo durch Landesrecht besondere Lagerpfandscheine eingeführt sind. Nr. 8.

δ) Daß der Lagerschein **übergeben** wird, d. h. wirklich eingehändigt wird (B.G.B. § 929). Der Uebergabe steht weder constitutum possessorium noch Uebertragung des mittelbaren Besitzes am Lagerschein, noch Abtretung des Vindikationsanspruches auf den Lagerschein gleich. Nr. 9.

ε) Daß die Uebergabe **an den durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes Legitimirten erfolgt**, also an den Adressaten, beziehungsweise dessen Indossatar, bei Blankoindossamenten legitimirt der bloße Besitz (vgl. § 365 Abs. 1). Mit anderen Worten: die Uebertragung seitens des Adressaten oder eines seiner Nachmänner muß in der Form der Indossirung erfolgen. Die Uebergabe an einen bloßen Cessionar genügt nicht (Staub, § 365 Anm. 11, § 368 Anm. 18), ebensowenig liegt in dem gesetzlichen Pfandrecht am Lagerschein ohne Weiteres ein gesetzliches Pfandrecht am Gute (Staub § 368 Anm. 77) und in dem gesetzlichen Retentionsrecht am Lagerschein ohne Weiteres ein gesetzliches Retentionsrecht am Gute (vgl. § 369 Nr. 9). Nr. 10.

ζ) Die Uebergabe des Lagerscheins **ersetzt** dann **die reale Uebergabe des Gutes.** Lautet also der Lagerschein auf das ganze Gut, so wird das ganze Gut, lautet er nur auf einen Theil, der betr. Theil dadurch übergeben. Der Erwerber wird mittelbarer Besitzer des Gutes. Nr. 11.

An die Uebergabe des Lagerscheins knüpfen sich für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen, wie an die reale Tradition, es geht also je nach dem Rechtsgeschäft Eigenthum über oder es wird Pfandrecht oder Nießbrauch erzeugt (B.G.B. §§ 1205 Abs. 1, 1032, vgl. R.G.E. V S. 80, XII S. 83).[1] Einer Anzeige der Verpfändung an den Lagerhalter (vgl. B.G.B. § 1205 Abs. 2) bedarf es nicht, um das Pfandrecht zu erzeugen, die Wirkung der Uebergabe des Lagerscheins ist eben weiter gehend.

Demgemäß ist, soweit der Grundsatz „Hand wahre Hand" in Frage kommt,[2] der gute Glaube des Erwerbers nach dem Zeitpunkt der Uebergabe des Lagerscheins zu bemessen (B.G.B. § 933) und erlischt das Recht des Dritten am Gut schon mit diesem Moment, wenn der Erwerber in gutem Glauben ist, daß das Recht nicht

[1]) Möglicherweise wird zunächst überhaupt noch kein dingliches Recht erzeugt, aber der für die Entstehung eines dinglichen Rechtes nothwendige Besitz verschafft, so beim Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter, Frachtführer hinsichtlich des gesetzlichen Pfandrechts. (Vgl. Goldschmidt, Hdb. I S. 717, 718.) Doch wird man beim Indossament den Willen, Eigenthum zu übertragen, präsumiren dürfen (vgl. § 365 Nr. 2), ja es fragt sich, ob ein Indossament mit Nebenklauseln (zu Pfand) überhaupt Bedeutung hat (R.G.E. IV S. 148). Zu beachten ist, daß auch an dem Lagerschein ein Recht erzeugt wird. So kann der Pfandgläubiger seine Befriedigung suchen sowohl durch Verkauf des Lagergutes wie durch Verkauf des Lagerscheines (Staub § 368 Anm. 70).

[2]) Da die Erlangung des Besitzes des Traditionspapieres die Erlangung des Besitzes des Gutes darstellt, so gilt, wenn zwei Exemplare ausgestellt sind, von denen das eine behufs Verpfändung, das andere behufs Eigenthumsübertragung übergeben ist, daß jeder Erwerber den Besitz des Gutes hat, folglich sich keiner gegenüber dem Anderen auf B.G.B. §§ 936 beziehungsweise 1207 berufen kann.

Digitized by Google

existirt oder beseitigt ist.[1]) Der Besitzer des Lagerscheins hat ferner gegen Dritte die Klagen aus B.G.B. §§ 1006, 1007.[2])

Nr. 12. γ) Das Landesrecht kann diese Wirkungen mit Bezug auf die Eigenthumstradition nicht einengen (Art. 16 E.H.G.B.). Es kann aber hinsichtlich der Verpfändung besondere Lagerpfandscheine verlangen und somit dem Lagerschein die Wirkung nehmen, als Verpfändungspapier zu dienen. Ueber Lagerpfandscheine bei Art. 16 E.H.G.B.

Nr. 13. c) **Inhaberlagerscheinen** versagt das Reichsrecht die Natur von Traditionspapieren. Die Wirkung ihrer Uebergabe ist also keine besondere. Nach Landesrecht können sie auf Grund Art. 16 E.H.G.B. für Traditionspapiere erklärt werden (Fall in R.O.H.G. XXV Nr. 84).

2. **Obligatorisches Verhältniß** zwischen Lagerhalter und berechtigtem Inhaber des Lagerscheins.

Nr. 14. a) Beim **Rektalagerschein** verpflichtet sich der Lagerhalter, dem im Lagerschein namentlich Angeführten das Lagergut in Gemäßheit des Lagerscheins gegen Rückgabe des quittirten Lagerscheins (vgl. §§ 446—448) auszuhändigen; ist dies ein Dritter, mit dem er das Lagergeschäft nicht abgeschlossen hat, so liegt ein Versprechen der Leistung an einen Dritten vor. Aus den Umständen des Falles ist zu entnehmen, daß der Dritte das Recht nicht sofort, sondern erst mit Besitzerwerb des Rektalagerscheins erhalten solle und daß bis dahin der Einlagerer dem Lagerhalter gegenüber allein berechtigt sein soll, daß andererseits mit Uebertragung des Rektalagerscheins das Recht des Einlagerers aufhören und an dessen Stelle das Recht des Dritten treten solle. Solange der Rektalagerschein dem Dritten nicht ausgehändigt ist, können beide Theile das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufgeben oder ändern (B.G.B. § 328 Abs. 2). Insbesondere kann der Einlagerer den Lagerschein zurückgeben und das Gut sich wieder herausgeben lassen. Der Lagerhalter wird aber Anweisungen des Einlagerers, das Gut zurückzugeben oder an einen anderen auszuhändigen, nur gegen Rückgabe des Lagerscheins Folge leisten dürfen (vgl. § 447). Hat der Dritte den Rektalagerschein erworben, so kann er auf Grund desselben selbständig gegen den Lagerhalter vorgehen, Einreden aus dem Lagergeschäft sind dem Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des Lagerscheins zulässig oder soweit sie die Gültigkeit des Lagerscheins betreffen oder unmittelbar gegen den Dritten zustehen. § 364 Abs. 2 ist insofern analog anwendbar. Vgl. auch § 446 Abs. 1 und B.G.B. § 784. Ueberträgt der Dritte durch Cession seinen Anspruch weiter, so sind gegen den Cessionar die Einreden aus der Person des Cedenten nach allgemeinen Grundsätzen zulässig.

Unter den Begriff des Rektalagerscheins fällt auch der Lagerschein, der Legitimationspapier ist, bei dem sich der Lagerhalter also nur das Recht vorbehält, an jeden Inhaber zu extradiren. Ueber ihn würde B.G.B. § 808 normiren.

Nr. 15. b) Beim **Orderlagerschein** gelten die Grundsätze des § 364. Danach darf der Lagerhalter dem legitimirten Inhaber des Orderlagerscheins nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung im Lagerschein betreffen, z. B. die exceptio falsi, oder welche sich aus dem Inhalt des Lagerscheins ergeben[3]) — zu den letzteren würden auch die aus dem Lagergeschäft nach gesetzlicher Bestimmung sich

---

[1]) Ist das Lagergut gestohlen, so nützt der redliche Erwerb des Lagerscheins nichts. Vgl. Cosack S. 466, oben bei § 365 Nr. 3.

[2]) Die juristische Konstruktion dieses Verhältnisses war von jeher eine bestrittene. Vgl. die einzelnen Theorien bei Goldschmidt, Hdb. I S. 718 ff. und bei Graf Rothkirch-Trach: „Welche Grundsätze entscheiden den Widerstreit mehrerer Konnossemente" Diss. 1895 S. 25 ff. In Zukunft liegt es nahe, in der Uebertragung des Traditionspapieres eine Uebertragung des mittelbaren Besitzes aus B.G.B. § 871 zu erblicken (vgl. Dernburg, Sachenrecht S. 57). Doch geht dies aus zwei Gründen nicht an: einmal würde, wenn der in blanco indossirte Lagerschein gestohlen und von dem Dieb an einen Dritten weiterbegeben wird, der Besitz des Gutes auf den Dritten übergehen, obwohl doch von einer Abtretung des Anspruches gegen den unmittelbaren Besitzer hier nicht wohl die Rede sein kann (vgl. Strohal, Sachbesitz S. 96). Sodann bedarf es bei der Verpfändung des Gutes durch Uebergabe des Lagerscheins nicht der an sich nach B.G.B. § 1205 Abs. 2 nöthigen Anzeige an den Lagerhalter.

[3]) Der Lagerhalter wird daher gut thun, alles in den Schein aufzunehmen, was er sich an Einwendungen zu erhalten wünscht, insbesondere hinsichtlich der Dauer der Lagerzeit, der auf der Waare ruhenden besonderen Lasten u. s. w. (Simonson in Z. XLV S. 558).

Digitized by Google

herleitenden gehören, z. B. die Berufung auf das Pfandrecht nach § 421, auf die Verjährung nach § 423 — oder welche dem Lagerhalter unmittelbar gegen diesen Inhaber zustehen, z. B. die Einrede der Retention aus B.G.B. § 273 Abs. 2. Dagegen darf er sich nicht gegenüber den redlichen Indossataren darauf berufen, daß der Einlagerer ihm gar nicht Gut von dieser Beschaffenheit oder Menge eingeliefert habe, sofern er nicht im Lagerschein einen diesbezüglichen Vorbehalt „Inhalt unbekannt" oder dergl. gemacht hat (Cosack S. 518), er hätte dann den Lagerschein nicht ausstellen sollen. Dasselbe gilt, wenn er Gut vom Einlagerer entgegennimmt, das äußerlich erkennbare Mängel besitzt. Hier wird er sogar ex bona fide verpflichtet sein, darauf im Lagerschein aufmerksam zu machen, sonst macht er sich dem Empfänger verantwortlich (vgl. § 658 und Cosack S. 518, auch R.G.E. V S. 81). Ebensowenig darf er sich auf Milderungen der Haftpflicht berufen, die in den Schein nicht aufgenommen sind (vgl. § 446).

Dem legitimirten Inhaber des Orderlagerscheins ist er verpflichtet, das Gut auszuhändigen;[1]) er braucht das Gut aber nur gegen Aushändigung des quittirten Lagerscheins und gegen Erfüllung der im Lagerschein angegebenen Bedingungen, z. B. Zahlung des Lagergeldes, auszuhändigen (§ 364 Abs. 3). Einen direkten Anspruch aus dem Lagergeschäft hat er gegen den Dritten nicht, solange dieser nicht in die Schuld des Lagerhalters eingetreten ist. Doch ist es möglich, daß der Dritte mit ihm ein neues Lagergeschäft eingeht.[2])

Ueber die Kraftloserklärung des Orderlagerscheins bei § 365 Nr. 4.

c) Beim **Inhaberlagerschein** gelten die Grundsätze von den Schuldverschreibungen auf den Inhaber (B.G.B. §§ 793 ff.). Nr. 16.

3. Vom eigentlichen Lagerschein sind zu scheiden: Nr. 17.

a) **Auslieferungs- oder Extraditionsscheine.** Dies sind vom Einlagerer ausgestellte schriftliche Ermächtigungen an den Lagerhalter, das Gut einem bestimmten Empfänger herauszugeben (vgl. Seuffert LVI Nr. 110). Sie sind revocabel, solange der Lagerhalter noch nicht mit dem Dritten in rechtliche Beziehungen getreten ist (Cohn in Endemanns Hdb. III S. 917);

b) **Stellzettel,** d. h. vom Einlagerer einem Dritten ertheilte Vollmachten, das Gut herauszuverlangen (Cohn l. c.);

c) **Empfangsbescheinigungen** (Recepisse) des Lagerhalters über die Einlieferung des Gutes; sie haben nur Beweiskraft. Der Lagerhalter kann sich aber möglicherweise das Recht vorbehalten, jedem Dritten, der das Recepisse vorzeigt, ohne Prüfung der Berechtigung das Gut auszuhändigen. Dann sind sie Legitimationspapiere im Sinne von B.G.B. § 808, aber nicht Lagerscheine; der Inhalt des Lagergeschäfts wird durch sie nicht zum Ausdruck gebracht (Cosack S. 520).

4. § 424 ergreift alle nach dem 31. Dezember 1899 eintretenden Uebertragungen durch Uebergabe indossabler Lagerscheine, gleichgültig, ob die Ausstellung des Lagerscheins vor oder nach dem 1. Januar 1900 geschehen ist. Denn es handelt sich um den Erwerb des Rechtes am Gute. Nr. 18.

---

[1]) Auch wo das Einscheinsystem gilt, dem Pfandinhaber, denn dieser darf den unmittelbaren Besitz des Gutes beanspruchen. B.G.B. § 1231 findet hierauf keine Anwendung. Will man dies vermeiden, so wird man 2 Exemplare des Lagerscheins ausstellen lassen müssen; dann wird der Lagerhalter nur gegen Aushändigung beider herauszugeben haben, der Pfandschuldner könnte durch Zurückbehaltung eines Exemplars die Herausgabe an den Pfandgläubiger verhindern. Die besonderen Bestimmungen über das Konnossement (§§ 645 ff.) kämen hier nicht in Anwendung. — Anders, wo das Zweischeinsystem gilt. Darüber bei Art. 16 E.H.G.B.

[2]) Wem hat der Lagerhalter den Vertrag aufzukündigen, beziehungsweise an wen hat er das Verlangen zu stellen, das Gut zurückzunehmen im Falle des § 422, wenn ein Lagerschein ausgestellt ist? Das Gesetz entscheidet diese Frage nicht. Da der legitimirte Inhaber das Gut gegen Rücklieferung des Scheines jederzeit herausverlangen kann, wird der Lagerhalter auch das Recht haben, ihm aufzukündigen, beziehungsweise an ihn das Verlangen zu stellen. Ist er verpflichtet dazu? Auch dies, wenn ihm die Person des berechtigten Inhabers bekannt ist (vgl. B.G.B. § 407 Abs. 1), d. h. wenn er weiß, wer in dem betreffenden Moment wirklicher berechtigter Inhaber war. Daß er es wußte, muß ihm der berechtigte Inhaber nachweisen. Nicht nothwendig ist, daß der Einlagerer es dem Lagerhalter angezeigt oder der Betreffende den Lagerschein dem Lagerhalter vorgelegt hat, doch wird sich dies aus praktischen Gründen empfehlen.

Digitized by Google

Anhang.

Bankverwahrungsgeschäft.

Nr. 1. Das H.G.B. enthält über das Bankverwahrungsgeschäft keine Bestimmung. Grundsätzlich gilt also mit Bezug auf dasselbe bürgerliches Recht, insbesondere lassen sich die Bestimmungen über das Lagergeschäft nicht darauf anwenden. Dagegen befaßt sich mit dem Bankverwahrungsgeschäft das Reichsgesetz vom 5. Juli 1896, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere, ohne indessen diese Materie erschöpfend zu regeln.

Unter Bankverwahrungsgeschäft ist ein Verwahrungsvertrag über Werthpapiere oder Kostbarkeiten zu verstehen, der auf Seite des Verwahrers Handelsgeschäft ist. Der Vertrag hat somit zum Gegenstand die Verwahrung von Werthpapieren oder Pretiosen (z. B. Geld, Schmucksachen, aber auch Manuskripten, jedenfalls aber Dingen, die keinen großen Raum einnehmen, keiner Lagerung bedürfen, z. B. nicht Oelgemälde oder Statuen). Und der Vertrag muß auf Seite des Verwahrers Handelsgeschäft sein, sei es Grundhandelsgeschäft, indem der Verwahrer gewerbsmäßig derartige Geschäfte als Bankier betreibt, sei es accessorisches Handelsgeschäft, indem sein Handelsgewerbe andere Geschäfte zum Hauptgegenstand hat und er nur im Betriebe seines Handelsgewerbes gelegentlich einen derartigen Verwahrungsvertrag abschließt. Ist der Vertrag nicht auf Seite des Verwahrers Handelsgeschäft, schließt z. B. ein Landwirth gelegentlich einen derartigen Vertrag als Verwahrer ab, oder nimmt ein Kaufmann außerhalb des Betriebes seines Handelsgewerbes die Pretiose eines Freundes oder Verwandten in Verwahrung, so ist das Geschäft gewöhnlicher Verwahrungsvertrag. Dagegen ist es gleichgültig, ob der Hinterleger Kaufmann ist oder nicht; nur in einzelnen Beziehungen spielt der Umstand, daß der Hinterleger ein Kaufmann gewisser Art ist, eine Rolle (Bankdepotgesetz § 2).

Nr. 2. Von juristischem Interesse für das Handelsrecht ist lediglich das Bankverwahrungsgeschäft über Werthpapiere **(Effektenverwahrungsdepot).** Mit ihm werden wir uns deshalb allein befassen.

Der Bankverwahrungsvertrag über Werthpapiere kann sein regelmäßiger und Summenverwahrungsvertrag.

Nr. 3. 1. **Regelmäßiger Bankverwahrungsvertrag (Sonderdepot,** Cosack S. 509). Dieser liegt stets vor, wenn das Depot ein verschlossenes ist, d. h. wenn der Hinterleger die Werthpapiere verschlossen (in Kassetten, versiegelten Briefen ꝛc.) übergiebt. Dem Fall des verschlossenen Depots steht gleich der Fall, daß der Verwahrer dem Hinterleger ein verschlossenes Fach einräumt (Tresor, Stahlkammer, „Safes"), zu dem er ihm den oder einen der Schlüssel übergiebt, entweder in der Art, daß der Kunde allein den Tresor öffnen kann, oder in der Art, daß er zur Oeffnung einer Mitwirkung des Bankiers bedarf, der zu diesem Behufe den einen von den zur Oeffnung erforderlichen Schlüsseln behält. Denn auch in diesem Falle soll der Bankier den Inhalt des Tresors nicht gewahren. Mit Recht nimmt Cosack S. 512 auch hier die Existenz eines Verwahrungsvertrages an, nicht Sachmiethe oder mit Sachmiethe verbundenen Verwahrungsvertrag (so Wilutzki in der D. Z. Z. V S. 294; zweifelhaft Kammergericht bei Holdheim III S 105). Denn im Zweifel wird der Sinn des Vertrages der sein, daß der Bankier auch die custodia über die Unversehrtheit des Tresors übernimmt. Sollte nur Vermiethung des Raumes gemeint sein, so muß dies klar ausgedrückt werden.

Nr. 4. Ist das Depot ein offenes, werden also die Werthpapiere dem Verwahrer in offensichtlicher Gestalt übergeben, so gilt das Geschäft stets als regelmäßiger Verwahrungsvertrag, wenn das Werthpapier unvertretbar, z. B. ein Wechsel, ist. Ist es vertretbar, so gilt im Zweifel das Geschäft als regelmäßiger Verwahrungsvertrag (B.G.B. § 700 Abs. 2). Soll es depositum irregulare sein, so bedarf es bei Banknoten und Papiergeld ausdrücklicher, mündlicher oder schriftlicher, spezieller oder genereller Vereinbarung zwischen Hinterleger und Verwahrer. Bei anderen vertretbaren Werthpapieren, insbesondere Aktien, Kuxen, Interimsscheinen, Inhaber- oder vertretbaren Orderpapieren, genügt sogar die ausdrückliche mündliche oder generelle Vereinbarung nicht, es sei denn, daß der Hinterleger selbst Bankier ist. Vielmehr muß schriftliche Spezialermächtigung für das betr. Geschäft vorliegen (Bankdepotgesetz § 2). Doch cessirt die letztere Vorschrift dann, wenn der Verwahrer Minderkaufmann ist (Bankdepotgesetz § 13).

Digitized by Google

Wo das Sonderdepot vorliegt, behält der Hinterleger das Eigenthum, der Verwahrer hat nicht das Recht, das Werthpapier zu veräußern, oder zu verpfänden, oder an seine Stelle andere Werthpapiere zu setzen. Geräth der Bankier in Konkurs, so hat der Hinterleger das Aussonderungsrecht (Strafvorschriften im Bankdepotgesetz §§ 9—11). Nr. 5.

Der Verwahrer ist verpflichtet — sofern er, was im Zweifel anzunehmen ist, eine Vergütung erhält — vgl. § 354 —, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns das Sonderdepot aufzubewahren, und zwar im Zweifel bei sich; bei einem Dritten hinterlegen darf er es nur bei besonderer Gestattung oder im Falle der Noth (B.G.B. § 691). Für Zufall steht er nicht ein. Er hat Anspruch auf Provision (Fälligkeit B.G.B. § 699), sofern er das Depot nicht aus Gefälligkeit an sich genommen hat, welchenfalls er nur für culpa in concreto haftet (B.G.B. § 690), ferner Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen nach B.G.B. § 693 (Fälligkeit H.G.B. § 354 Abs. 2). Ein gesetzliches Pfandrecht hat er nicht, wohl aber ein kaufmännisches oder bürgerliches Zurückbehaltungsrecht je nach Lage des Falles. Er hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, den das Depot ihm verursacht in Gemäßheit von B.G.B. § 694. — Der Hinterleger kann jederzeit die Rücknahme des Depots verlangen, der Verwahrer nur dann, wenn nicht eine bestimmte Zeit vereinbart ist, letzterenfalls muß er das Depot die vereinbarte Zeit hindurch behalten, es sei denn, daß ein wichtiger Grund zu vorzeitiger Rücknahme vorliegt (B.G.B. § 696). Den Anweisungen des Hinterlegers hat er Folge zu leisten, insbesondere hinsichtlich der Aushändigung des Gutes an Dritte (die das „Paßwort" kennen, Cosack S. 513, Cohn bei Endemann III S. 897), soweit die Anweisungen sich innerhalb der Grenzen des Vertrages bewegen. Von der vereinbarten Art der Aufbewahrung darf er nur unter den Voraussetzungen des B.G.B. § 692 abweichen. Häufig stellt er einen Depotschein aus, der bald gewöhnliche Beweisurkunde für die Einlieferung, bald Legitimationspapier ist, indem er sich vorbehält, dem Vorzeiger des Scheins ohne Prüfung der Legitimation das Werthpapier auszuhändigen (Cosack S. 513, Cohn bei Endemann III S. 890). Nicht ausgeschlossen ist sogar, daß der Depotschein Inhaberpapier ist (anders nach älterem Recht, R.G.E. bei Holdheim VI S. 246). Auf solchen Depotschein hat aber der Hinterleger kraft Gesetzes kein Anrecht. Nr. 6.

Zu diesen allgemeinen Wirkungen des regelmäßigen Bankverwahrungsgeschäfts kommen dann besondere kraft Gesetzes und kraft Vereinbarung: Nr. 7.

a) Kraft Gesetzes. Nach dem Bankdepotgesetz § 1 ist ein Vollkaufmann,[1]) der vertretbare Werthpapiere in seinem Handelsgewerbe als offenes Depot verwahrt, verpflichtet:

α) Dieselben gesondert von seinen eigenen Beständen und von den Beständen Dritter unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung des betr. Hinterlegers aufzubewahren. Die Sonderung braucht nicht eine völlige räumliche zu sein, es genügt, daß im selben Fache durch Couvert oder Umschlag oder Band die Sonderung erzielt wird (Rießer S. 13). Sie muß andererseits von den anderen Beständen vorgenommen sein, gleichgültig, ob diese aus gleichartigen Stücken bestehen oder nicht. Die Bezeichnung des Hinterlegers muß äußerlich erkennbar erfolgen, d. h. auf dem die Sonderung bewirkenden Gegenstand (Fach, Couvert, Umschlag). Nicht genügt Sammelverzeichniß in einem Buch oder auf einem Gesammtumschlag.

β) Ein besonderes Handelsbuch zu führen, in das die Werthpapiere des Hinterlegers nach Gattung, Nennwerth, Nummern, den sonstigen Unterscheidungsmerkmalen der Stücke einzutragen sind (Depotnummerbuch Rießer S. 13). Der Eintragung steht die Bezugnahme auf separate Verzeichnisse gleich. Als Depotnummerbuch kann auch das die Konten der Hinterleger enthaltende sogen. persönliche Depotbuch verwendet werden (Rießer S. 13). — Doch kann die Führung eines besonderen Buches bei schleuniger Rückgabe der Stücke unterbleiben. Nr. 8.

γ) Endlich kommt der früher (vgl. oben § 397 Nr. 8) behandelte § 8 des Bankdepotgesetzes für den Verwahrer, der die Depots einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung ausantwortet, in Betracht. Nr. 9.

b) Kraft Vereinbarung. Der Verwahrer kann die Verpflichtung übernehmen, Verwaltungshandlungen vorzunehmen, z. B. das Papier gegen Kursverlust durch Auslosung zu versichern, Zinsen, Dividenden einzuziehen, das Papier umzutauschen, Nr. 10.

[1]) Auch ein Gastwirth, der Vollkaufmann ist. Will er dem Depotgesetze nicht unterfallen, so wird er gut thun, nur verschlossene Depots anzunehmen. Vgl. Kommissionsber. S. 3936.

Digitized by Google

neue Zinsscheine zu besorgen u. s. w. Solche Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Letzteres wird bei an inländischen Börsen gehandelten Effekten eher als bei an nur ausländischen gehandelten anzunehmen sein (Dove-Apt I S. 69 Nr. 9). Insbesondere ist es bei offenem Depot üblich, daß der Verwahrer die Zinsscheine einzieht (Cohn bei Endemann III S. 902), nicht dagegen, daß er die Auslosung kontrolirt (a. A. Cosack S. 512). Häufig hat der Bankier dafür Bedingungen aufgestellt, denen sich der Hinterleger durch Hingabe des Depots unterwirft.

Nr. 11. c) Durch Vereinbarung kann der Verwahrer aber auch mehr Rechte erhalten, sei es von Anfang an, sei es nachträglich, z. B. das Recht, die Papiere zu seinem Nutzen weiter zu verpfänden oder sonst zu seinem Nutzen über sie zu verfügen. Doch verlangt für solche Gestattung das Bankdepotgesetz dieselben Voraussetzungen, wie für das depositum irregulare (§ 2). Daß der Verwahrer auch ein Pfandrecht am Depot bestellt erhalten kann, ist selbstverständlich.

Nr. 12. 2. **Summenverwahrungsvertrag** (depositum irregulare, Summendepot). Ueber die Voraussetzungen dieses stets offenen Depots oben Nr. 4. Die Wirkung regelt sich nach B.G.B. § 700. Die besonderen Pflichten des Verwahrers nach dem Bankdepotgesetz gelten hier nicht (Bankdepotgesetz § 2 Abs. 2). Der Verwahrer wird Eigenthümer, darf frei verfügen und trägt die Gefahr. Geräth er in Konkurs, so ist der Hinterleger nur Konkursgläubiger. Der Hinterleger kann jederzeit Rückgabe der gleichen Menge verlangen, und der Bankier kann, falls auf unbestimmte Zeit deponirt ist, im Zweifel jederzeit kündigen. Der Hinterleger hat im Zweifel die Papiere zu holen (B.G.B. §§ 700, 695, 697). Soll die Summe zur Anschaffung von Werthpapieren verwendet werden, so liegt Kommission vor.

Nr. 13. 3. Wie beim Lagergeschäft, kann beim Bankdepotgeschäft auch ein **Mengdepot** oder **Sammeldepot** vorkommen, das in seiner rechtlichen Gestaltung dann aus der Natur der Sache heraus in derselben Weise zu beurtheilen ist, wie das Menglagergeschäft (vgl. § 419 Nr. 4 ff. und das dort Bemerkte, Strohal bei Holdheim II S. 348).[1]) Für das Mengdepot wird es ausdrücklicher Genehmigung bedürfen, B.G.B. § 700 Abs. 2 wird darauf auszudehnen sein. Liegen die Voraussetzungen der §§ 1, 13 des Bankdepotgesetzes vor, so wird die Gestattung schriftlich und speziell für den betreffenden Verwahrungsvertrag zu erfolgen haben, sofern nicht der Hinterleger Bankier ist (Cosack S. 509).

Indessen dürfte dieses sog. Mengdepot bei Werthpapieren in Wahrheit nur selten sein. Meist wird es sich um ein Summendepot handeln. Man bedenke, daß von einer untrennbaren Vermischung im Sinne von B.G.B. § 948 hier nicht wohl die Rede sein kann, es sei denn, daß es sich um Banknoten oder Papiergeld handelt; überhaupt erfordert das praktische Bedürfniß dieses Zwischenglied hier nicht in dem Maße, wie beim Lagergeschäft. Geht man gar so weit, auch eine Vermischung mit Papieren des Bankiers selbst zuzulassen, so zerstört man wirthschaftlich den ganzen Begriff des depositum irregulare und schädigt die übrigen Gläubiger des Bankiers. Von welchem Augenblick sollte auch das Miteigenthum hier eintreten? Von dem der Einlieferung (Cosack S. 510)? Oder dem der wirklichen Hinzufügung zu den übrigen Stücken? (R.G.E. XXI S. 34). Und wie, wenn die Stücke wieder von einander getrennt werden, was ja wohl möglich ist? Das Mengdepot wird also nur da anzunehmen sein, wo der Sinn des Vertrages klar und unzweideutig darauf geht, daß der Bankier nicht Eigenthümer der Werthpapiere werden soll, daß er dagegen ermächtigt werden soll, die Werthpapiere mit denen anderer Einleger zusammenzulegen derart, daß Miteigenthum für die Einleger nach Verhältniß der Beträge entstehen soll. Er handelt dann als Vertreter der mehreren Hinterleger und nimmt den sachenrechtlichen Akt im Namen des einen Hinterlegers mit sich als Vertreter des anderen Hinterlegers vor (B.G.B. § 181).

Trifft dies zu, so werden die Hinterleger Miteigenthümer, und es bleibt ihnen im Konkurs das Aussonderungsrecht. § 1 des Bankdepotgesetzes findet auf diesen Fall aber keine Anwendung (Rießer S. 23, v. Schey bei Holdheim V S. 75).

---

[1]) Praktisch beim Berliner Kassenverein und den österreichischen Postsparkassen.

Digitized by Google

Sechster Abschnitt.

Frachtgeschäft.

Einleitung.

Denkschr. I S. 255—257, II S. 3263.

Litteratur: Schott in Endemanns Hdb. III S. 289 ff., Eger, Das deutsche Frachtrecht 2. Auflage 1888, 90 (citirt als: Eger), Eger, Das internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr 1894, Eger, Die Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899, 1901, Pappenheim, Das Transportgeschäft nach dem Entw. eines H.G.B. 1896, Cosack §§ 85 ff., Dernburg b. R. II §§ 326 ff.

Nr. 1. Dieser wichtige Abschnitt enthält die Regelung des Binnenfrachtgeschäftes, während das Seefrachtgeschäft im vierten Buche geordnet wird. Aber nicht die sämmtlichen Binnenfrachtgeschäfte unterstehen unmittelbar dem sechsten Abschnitt. Die Transportgeschäfte der Post werden überhaupt ausgeschieden (§ 452). Das Frachtgeschäft der dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen wird im siebenten Abschnitt unter freilich subsidiärer Anwendung der Vorschriften des sechsten Abschnittes geordnet (§§ 454 ff.). Das Frachtgeschäft der Binnenschiffer (nicht der Frachtflösser) regelt das Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895 (jetzt in neuer Form mit den durch das E. H.G.B. Art. 12 getroffenen Abänderungen vom Reichskanzler publizirt), dessen § 26 wiederum jedoch den größten Theil der Bestimmungen dieses Abschnittes zur Anwendung bringt.[1]) Hat somit dieser Abschnitt nur ein beschränktes unmittelbares Herrschaftsgebiet, so ist dagegen um so größer sein mittelbares Geltungsgebiet. Denn indem durch § 452 einerseits, durch § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes andererseits seine Vorschriften auch auf die Transportgeschäfte der öffentlichen Eisenbahnen und der Binnenschiffahrt insoweit zur Anwendung gebracht werden, als nicht abweichende Vorschriften aufgestellt sind, beherrscht er re vera grundsätzlich das ganze Binnenfrachtgeschäft mit Ausnahme des Postverkehrs. Aus ihm sind insbesondere die begriffsbestimmenden Sätze über das Binnenfrachtgeschäft zu entnehmen; seine Sätze sind die Regelnormen, das jus commune des Frachtrechts, denen gegenüber die Bestimmungen des folgenden Abschnittes und des Binnenschiffahrtsgesetzes sich als Sonderrecht darstellen. Hinter den Sätzen dieses Abschnittes steht freilich das bürgerliche Recht, und zwar das Recht des Werkvertrages (B.G.B. §§ 631 ff.); indessen können bei der eingehenden Regelung, die das Handelsrecht dem Frachtgeschäft zu Theil werden läßt, die Vorschriften des B.G.B. nur mit Vorsicht benutzt werden (dahin gehört vor Allem B.G.B. §§ 641, 644, 645, 649).

Nr. 2. Die Anordnung des Abschnittes ist eine ähnliche, wie in den Abschnitten über das Kommissions- und Speditionsgeschäft. Begonnen wird mit der Begriffsbestimmung des Frachtführers (§ 425), geschlossen mit der Abgrenzung des Begriffes des Frachtgeschäftes im Sinne dieses Abschnittes (§§ 451, 452). Innerhalb dieser absteckenden Satzungen werden zunächst die Rechte und Pflichten beider Kontrahenten, sodann aber auch die des Empfängers zum Frachtführer geregelt. Besonders ausführlich beschäftigt sich das Gesetz mit dem Pfandrecht des Frachtführers. Hier wird der Rahmen des Abschnittes gesprengt, insofern nicht bloß das Pfandrecht des Frachtführers, sondern das damit konkurrirende Pfandrecht des Spediteurs, Kommissionärs, ja Lagerhalters in die legislative Behandlung gezogen wird. Als Nachtrag erscheint die Ordnung der bei Ausstellung eines Ladescheins sich ergebenden Rechtsverhältnisse (§§ 445—450), und zwar nicht bloß nach der obligatorischen, sondern auch nach der sachenrechtlichen Seite (§ 450).

Nr. 3. Der sechste Abschnitt regelt die Verhältnisse aus dem Frachtgeschäft. Da das Frachtgeschäft nicht nothwendig zum Kontrahenten einen Frachtführer hat, so ist es der weitere Begriff gegenüber dem Begriff des Frachtführers. Es ist somit vom Frachtgeschäft auszugehen, bevor auf den Frachtführer übergegangen wird.

---

[1]) Damit erledigt sich der mißverständliche, gegen meine Ausführungen im Archiv für civilist. Praxis Bd. 86 gerichtete Vorwurf Pappenheims S. 7 Anm. 1. Die Formulirung des § 451 ist deshalb nicht korrekt. Denn die §§ 428, 429, 437, 438, 444 finden auf den Fall, daß eine Uebernahme des Transportes auf Binnengewässern stattfindet, keine Anwendung.

Digitized by Google

Nr. 4. Frachtgeschäft ist ein Vertrag, durch den ein Kaufmann als solcher eine Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Binnengewässern auszuführen übernimmt (§ 451).

Für den **Begriff des Frachtgeschäftes** ist also wesentlich:

Nr. 5. 1. Daß der die Beförderung **Uebernehmende ein Kaufmann** ist und daß er **als Kaufmann** kontrahirt. Gleichgültig ist, ob er Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist. Ist er Nichtkaufmann, übernimmt z. B. ein Landwirth die Beförderung oder ein Droschkenkutscher neben der Beförderung der Person die des Reisegepäcks desselben, oder ist er zwar Kaufmann, übernimmt er die Beförderung aber außerhalb des Betriebes seines Handelsgewerbes — so liegt kein Frachtvertrag vor, sondern ein Geschäft des bürgerlichen Rechts. Daß der die Beförderung Uebernehmende Frachtführer sei, ist dagegen — anders wie beim Lagergeschäft — nicht wesentlich. Regelmäßig wird der die Beförderung Uebernehmende die Beförderung gewerbsmäßig betreiben. Aber es ist dies nicht nothwendig, und es ist auch irreführend, mit Eger I S. 3 zwischen einem Frachtführer im weiteren und einem solchen im engeren Sinne zu scheiden. Da indessen von dem Regelfall auszugehen ist, so werden wir den die Beförderung Uebernehmenden durchweg als Frachtführer bezeichnen. Ob der die Beförderung Vergebende (Absender) Kaufmann ist, ist völlig gleichgültig, ebenso ob als Adressat (Empfänger) ein Kaufmann oder Nichtkaufmann figurirt.

Nr. 6. 2. Daß der Frachtführer die **Beförderung** übernimmt, d. h. die Fortbewegung des Beförderungsgegenstandes von einem Orte zu einem anderen. Der Frachtführer verpflichtet sich also zur Herstellung eines bestimmten, durch seine Arbeit herbeizuführenden Erfolges, schließt also einen Werkvertrag im Sinne von B.G.B. § 631 ab, das Resultat seiner Arbeit, nicht bloß die Verwendung der Arbeitskraft für den Absender ist der Gegenstand des Frachtgeschäftes; er will nicht einzelne Transporthandlungen, sondern den Transport selbst besorgen. (Vgl. R.O.H.G. IV S. 178, 179, XIII S. 135, XX S. 342, R.G.E. XV S. 76, insbesondere aber R.G.E. XXV S. 110.) Gleichgültig ist, ob die Fortbewegung über eine größere oder geringere Entfernung hin erfolgen soll, insbesondere ist nicht nothwendig distantia loci, wenngleich die Beförderung von einer Ortschaft nach einer anderen der praktisch wichtigere Fall ist. Die Beförderung kann auch innerhalb derselben Stadt, ja innerhalb derselben Straße geschehen (R.O.H.G. XII S. 196, 198, 199), wie beim Rollfuhrmann, Möbeltransporteur (Eger I S. 15). Gleichgültig ist ferner die Art des Transportmittels, ob das Transportobjekt befördert wird auf Fahrzeugen (Wagen, Karren, Schiffen) oder auf Lastthieren oder durch Menschen oder gar ohne besondere Transportmittel, indem das Transportobjekt selbst fortbewegt wird (z. B. die zu befördernde Lokomotive, das zu befördernde Floß); ferner ob die Fortbewegung hervorgerufen wird durch Menschen- oder Thierkraft oder durch Wasser-, Dampfkraft, Elektrizität, Luftbewegung oder durch Kombination mehrerer dieser (Eger I S. 18, 19), oder gar durch Selbstbewegung des Transportobjektes selbst (Treiben von Vieh R.O.H.G. XIII S. 133, 134, für diesen Fall leugnet den Begriff des Frachtgeschäftes Cosack S. 421). Gleichgültig ist, wem das Transportmittel gehört, ob dem Frachtführer oder einem Anderen, selbst dem Absender (Bolze XXIII Nr. 439). So kann der Absender dem Frachtführer Pferd und Wagen oder das Schiff vermiethet haben, vermittelst dessen der Transport ausgeführt werden soll (Striethorst LXI S. 128).

Nr. 7. 3. Daß der Frachtführer die Beförderung **übernimmt**, d. h. sich verpflichtet, den Transport durchzuführen. Wer es bloß übernimmt, einzelne Dienste beim Transport zu leisten, z. B. als Kutscher, Kellner, schließt nicht einen Frachtvertrag ab (R.O.H.G. XI S. 345), insbesondere ist nicht Frachtführer, wer sich während des Transportes der Herrschaft des Anderen unterwirft (R.G.E. XXV S. 110), er wird dann dessen Gehülfe (vgl. dazu Bolze VII Nr. 539, XIV Nr. 406 c). Ebensowenig wer bloß die Transportmittel vermiethet, z. B. Rollwagen gegen Entgelt überläßt (Busch III S. 105, vgl. O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XIX S. 103). Keinen Frachtvertrag, sondern ein Speditionsgeschäft schließt ab, wer es übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer zu besorgen (§ 407), es sei denn, daß § 413 anwendbar ist.

Nicht nothwendig ist dagegen, daß die thatsächliche Ausführung des Transportes durch die Person des Uebernehmers selbst, durch dessen eigene Arbeitskraft erfolgt. Sie kann durch seine Leute, durch fremde Personen (Unterfrachtführer) und fremde Transportmittel geschehen. Es kann Jemand als Frachtführer Frachtverträge abschließen, ohne

Digitized by Google

auch nur ein eigenes Transportmittel zu besitzen, indem er sich der Arbeitskraft und der Transportmittel Anderer bedient (R.O.H.G. IX S. 90, R.G.E. XXV S. 112).

Nicht nothwendig ist natürlich, daß die Uebernahme sich auf den ganzen, in Aussicht stehenden Transport bezieht. Auf den ersten Frachtführer kann ein zweiter oder dritter Frachtführer der gleichen Art oder anderer Art folgen, oder es kann den Frachtführer ein Spediteur ablösen. Ueber diese Punkte ist später ausführlich zu handeln.

4. Daß er die Beförderung von **Gütern**, nicht von Personen übernimmt. Da Nr. 8.
es sich um Fortbewegung von einem Orte nach einem anderen handelt, kommen für den Begriff des Gutes nur körperliche, bewegliche Sachen in Frage, also weder Grundstücke noch Rechte. Güter sind nicht identisch mit Waaren (vgl. § 1 Nr. 45). Sie umfassen vielmehr alle beweglichen Sachen, auch die Werthpapiere, gleichgültig, ob sie einen kommerziellen Charakter an sich tragen oder nicht, ob sie einen größeren oder geringeren oder keinen Vermögenswerth besitzen (O.L.G. Hamb. in Z. XXXVI S. 271). Gut ist somit auch die Zeitung, die Waarenprobe, der Brief, die Karte, das Stück Papier, das dem Frachtführer zur Beförderung übergeben wird (R.O.H.G. XXIII S. 18, 19, R.G.E. XX S. 48 ff.), auch die Leiche eines Menschen ist Gut. Dagegen ist nicht Gut eine nicht in körperlichem Substrat niedergelegte Nachricht. Keinen Frachtvertrag schließt, wer sich verpflichtet, eine bloße mündliche Nachricht zu übermitteln, sei es, daß die Uebermittelung durch mündliche Weitergabe, sei es, daß sie durch schriftliche oder telegraphische Mittheilung von ihm an den Adressaten erfolgen soll. Demnach ist kein Frachtvertrag der Vertrag mit Telegraphenanstalten, selbst wenn diesen gegenüber die Depesche aufgegeben wird. Denn sie befördern nicht die Depesche, sondern theilen nur deren Inhalt mit. — Wem das Gut gehört, ist gleichgültig, es kann sogar dem Frachtführer gehören. Nur muß er die Beförderung gegenüber einem Anderen übernehmen.

5. Daß die Beförderung **zu Lande oder auf Binnengewässern** erfolgen Nr. 9.
soll. Da die Rechtsverhältnisse aus dem Flußfrachtgeschäft[1]) durch ein besonderes Reichsgesetz geordnet sind — siehe oben Nr. 1 —, beschäftigt uns hier wesentlich nur die Beförderung zu Lande. Darunter ist nicht bloß die Beförderung auf der Erdoberfläche, sondern auch die unterirdische (Tunnelbahnen) und überirdische (Luftballons, Brieftauben) zu verstehen.

6. Daß der Uebernehmer seine Leistung nicht bloß auf die Ausführung der Fort- Nr. 10.
bewegung beschränkt, sondern zugleich die **Verwahrungspflicht** (custodia) hinsichtlich des Frachtgutes übernimmt. Der Frachtführer muß das Gut „an sich nehmen", er erhält den unmittelbaren Besitz am Gut (B.G.B. § 868). Dem entspricht es, daß er das Gut gehörig verwahren soll, daß er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers darauf achten soll, daß das Gut nicht verloren geht oder beschädigt wird, solange ihm die Verwahrung obliegt (§ 429). Darum liegt kein Frachtgeschäft vor, wo der Transportübernehmer das Gut nicht an sich nimmt, wo das Gut vielmehr im unmittelbaren Besitz des Absenders verbleibt, so beim Reisegepäck, das der Reisende bei sich behält, beim Schleppvertrag, falls der Schlepper nicht zugleich die custodia über das Schleppobjekt übernimmt (vgl. § 1 Nr. 60), beim Vertrag über Vorspannleistung u. dgl. m. (vgl. Busch XXIII S. 385, R.O.H.G. XXIII S. 320, R.G.E. VI S. 100); der Schleppvertrag wird rein nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über den Werkvertrag beurtheilt (R.G.E. X S. 167, vgl. Seuffert XLIII Nr. 50, LIV Nr. 20). Ebensowenig liegt ein Frachtvertrag vor, wenn die Eisenbahn einen Postwagen in Gemäßheit des Reichsgesetzes vom 20. Dezember 1875 Art. 2, 5 befördert, oder eine Abtheilung ihres Eisenbahnwagens der Post zur Verfügung stellt; denn auch hier handelt es sich nur um die bloße Leistung der Fortbewegung, möglicherweise noch um Sachmiethe, die custodia verbleibt der Post (Schott S. 296, Eger I S. 34). — Anders hinsichtlich des aufgegebenen Gepäcks, hier liegt ein wirklicher Frachtvertrag vor (vgl. bei § 465); aufgegeben ist Gepäck aber nur, wenn es wirklich in den Gewahrsam des Frachtführers zum Zwecke der ordnungsgemäßen Aufbewahrung übergeben ist. Wann dies der Fall ist, kann mitunter zweifelhaft sein. So wird bei größeren Transportanstalten das bloße Hinstellen des Gepäcks in das Koupé, den Omnibus oder auf das Schiffsverdeck noch nicht Aufgabe sein; bei Hotelomnibussen wird Haftung des Wirthes schon aus B.G.B. § 701 Abs. 2 folgen (vgl. R.G.E. I S. 83—85). Daß eine besondere Gebühr für die Aufgabe entrichtet wird, ist nicht nothwendig, das Aequivalent kann schon in dem Preis für die

[1]) Anders aus dem Flößereivertrage zwischen Absender und Frachtflößer. Dieser Vertrag untersteht dem Handelsgesetzbuch unmittelbar.

Digitized by Google

Personenbeförderung liegen, zumal wenn bis zu einem Gewicht Freigepäck gewährt wird (Eger I S. 23).

Nr. 11. 7. Muß der Vertrag **entgeltlich** sein? Die herrschende Ansicht nimmt dies an (vgl. Schott S. 296, Eger I S. 9, R.O.H.G. XIII S. 135). Allein aus § 451 ist dies nicht mit Nothwendigkeit zu folgern, da auch ein unentgeltliches Geschäft Handelsgeschäft sein kann (falsch Schott S. 297). In der That ist nicht abzusehen, weshalb nicht so gut wie beim Speditions- und Kommissionsgeschäft auch beim Frachtgeschäft Unentgeltlichkeit möglich sein soll. Freilich würde der Vertrag dann aufhören, Werkvertrag zu sein, er würde die Natur des Auftrags annehmen. Die Vorschriften dieses Abschnittes würden aber trotzdem Platz greifen, soweit sich nicht aus dem Umstand, daß eine Fracht nicht zu zahlen ist, ein Anderes ergiebt. In der That ist ja nach dem Reichsgesetz vom 20. Dezember 1875 Art. 4, 5 die Eisenbahn unter Umständen der Post gegenüber zur unentgeltlichen Beförderung von Postsendungen verpflichtet. Daraus folgt, daß der Frachtführer, der unentgeltlich befördert, bei schuldhaftem Verlust oder schuldhafter Beschädigung auch in diesem Falle nur den gemeinen Handelswerth zu ersetzen hätte (§ 430), daß er das gesetzliche Pfandrecht hätte (§ 440) u. s. w. Andererseits hätte er dann freilich nach B.G.B. § 671 Abs. 1 an sich freies Kündigungsrecht, aber es wird meist nach Lage des Falls anzunehmen sein, daß er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat. Betrachtet man für den Fall unentgeltlicher Uebernahme des Transports den Frachtführer als rein nach bürgerlichem Recht zu behandelnden Mandatar, so stellt man ihn schlechter, als wenn man am Frachtvertrag festhält. Nur die öffentliche Eisenbahn würde dabei besser fahren, da sie dann die strenge Haftung des § 456 nicht treffen würde; aber gerade bei ihr wird, von dem oben erwähnten Fall des Reichsgesetzes von 1875 abgesehen, Unentgeltlichkeit nicht gerade häufig vorkommen. Voraussetzung der Anwendbarkeit dieses Abschnittes auf unentgeltliche Frachtverträge ist jedoch, daß ein Kaufmann als solcher sie abschloß, was nach Lage des Falls meist ausgeschlossen sein wird.[1])

Nr. 12. 8. Es muß sich um einen **selbständigen** Beförderungsvertrag handeln, nicht um den Bestandtheil eines anderen Vertrages, z. B. eines Kaufgeschäftes oder eines Dienstvertrages oder eines sonstigen Werkvertrages (z. B. Abfuhr von Exkrementen oder Müll, Staub § 425 Anm. 9, vgl. auch bez. der Privatbahnen Einl. zum
Nr. 13. siebenten Abschnitt Nr. 3).

9. **Erfüllungsort** des Frachtvertrages ist im Zweifel der Ablieferungsort[2]) (Bestimmungsort). Folglich entscheidet dessen Recht im Allgemeinen über den Inhalt des Frachtvertrages (R.G.E. IX S. 52, O.L.G. München in Z. XXXVI S. 272, Bolze XIII Nr. 413, vgl. auch R.G.E. XXV S. 107, XXXIV S. 78; a. A. Seuffert LII Nr. 176, Abler-Clemens Nr. 827). Handelt es sich um auf einander folgende Theilfrachtführer, so ist der Endpunkt, bis zu dem jeder die Beförderung übernimmt, Erfüllungsort. — Anders bei Sammtfrachtführern, hier ist nur der Ablieferungsort Erfüllungsort. Für Eisenbahnen erledigt die Frage praktisch der Berner Vertrag.

Nr. 14. 10. Der Begriff des Frachtvertrages ist im älteren Rechte der gleiche (Art. 390, 420).

§ 425.

Frachtführer ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen.

Entw. I § 399, II § 417; Denkschr. I S. 257, II S. 3263, A. D. H.G.B. Art. 390.

Nr. 1. 1. Vgl. im Allgemeinen oben bei § 1 Nr. 58. Wie dort ausgeführt ist, ist es gleichgültig, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt. Frachtführer sind also

---

[1]) Vgl. einen solchen Fall in Entsch. des O.L.G. Hamburg (Z. XL S. 505: der Verkäufer hatte die Besorgung des Transportes an den Käufer selbst übernommen, ohne sich eine Fracht auszubedingen; doch ließe sich fragen, ob hier das Aequivalent nicht im Kaufpreis steckte).

[2]) Doch wird man für die Verhältnisse, die mit der Uebergabe des Gutes seitens des Absenders an den Frachtführer zusammen hängen, nach dem Willen der Parteien das Recht des Uebergabeortes entscheiden lassen müssen. Vgl. O.L.G. Hamb. in H.G.Z. X S. 300 und auch R.G.E. XXXVIII S. 144, R. Wagner, Seerecht S. 141.

Digitized by Google

nicht bloß die großen Verkehrsanstalten, Eisenbahn-, Dampfschiffs-, Möbeltransportinstitute, Briefbeförderungsinstitute, sondern auch Rollfuhrleute, gewöhnliche Schiffer, Frachtflößer. Ob auch Fußboten, Viehtreiber, Packträger u. dgl. Frachtführer seien, ist bestritten. Goldschmidt (Hdb. 2 Aufl. S. 614 ff.), Cosack S. 421 u. a. nehmen an, daß, wer ein Gut ohne Hülfe eines Fuhrwerks oder Fahrzeugs fortbewegt, nicht als Frachtführer anzusehen sei. Indessen findet diese Annahme im Gesetz keinen Anhalt (so auch Denkschr. I S. 259: Packträger). So gut der Frachtführer sich statt des Fuhrwerks der Menschenkraft Anderer bedienen kann, ebenso gut kann er seine eigene Menschenkraft benutzen. Oder soll man den reitenden Boten anders behandeln, als den Fußboten? Am ehesten kann, aber aus anderen Gründen, beim Dienstmann ein Zweifel aufgeworfen werden. Sein Gewerbe ist die Besorgung von Diensten überhaupt, (z. B. von Diensten im Hause, Nachrichtenüberbringung, Auf- und Abladung von Gütern u. s. w.), nicht speziell von Gütertransporten. Ein derartiges Gewerbe macht nach § 1 nicht ohne Weiteres zum Kaufmann, sondern würde nur im Falle Großbetriebs Kaufmannsqualität nach § 2 begründen. Ist aber die Beförderung von Gütern nicht selbständiges Gewerbe, sondern nur Bestandtheil eines anderen Gewerbes, so könnte die Eigenschaft des Dienstmannes als Frachtführer geleugnet werden, auch § 451 käme nicht zur Anwendung.[1]) Dagegen ließe sich auch nicht einwenden, daß doch die praktisch hauptsächlichste Thätigkeit des Dienstmannes in der Güterbeförderung läge; denn der Dienstmann will nicht ein Gewerbe des Frachtführers, sondern ein Gewerbe als Dienstmann bekleiden, d. h. er stellt sich dem Publikum zu allerlei Diensten zur Verfügung, und es ist reine Frage des Zufalls, ob dabei Gütertransporte oder andere Leistungen überwiegen, und ersterenfalls, ob custodia übernommen werden soll oder nicht. Dienstmannsinstitute würden jedenfalls aus § 2 Kaufleute werden können, die Praxis hat sie direkt für Frachtführer erklärt (Busch I S. 222, Z. VI S. 548, VII S. 310). — Gasthofsbesitzer, die im Hotel-Omnibus das Gepäck der Reisenden zum Hotel, beziehungsweise zur Bahn befördern, sind keine Frachtführer, hier dient die Thätigkeit nur dem Hotelbetrieb (vgl. B.G.B. § 701, R.G.E. I S. 83 ff., Schott S. 293, a. A. Eger I S. 18), wohl aber kann das Geschäft aus § 451 Frachtgeschäft sein; ebenso bei Personentransportanstalten (Omnibusgesellschaften, Droschkenunternehmungen), die mit der Person gleichzeitig das Gepäck befördern (vgl. v. Hahn II S. 576).

2. Der Begriff des Frachtführers ist im alten Recht der gleiche (Art. 390). Nr. 2.

§ 426.

Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefs verlangen.

Der Frachtbrief soll enthalten:

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll (des Empfängers);
4. den Ort der Ablieferung;
5. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
6. die Bezeichnung der für eine zoll- oder steueramtliche Behandlung oder polizeiliche Prüfung nöthigen Begleitpapiere;
7. die Bestimmung über die Fracht sowie im Falle ihrer Vorausbezahlung einen Vermerk über die Vorausbezahlung;
8. die besonderen Vereinbarungen, welche die Betheiligten über andere Punkte, namentlich über die Zeit, innerhalb welcher die Beförderung

[1]) Der Fall läge also ähnlich dem des Droschkenkutschers, der mit der Person auch Gepäck befördert; vgl. auch die Entsch. des R.G. und Hamburger O.L.G. betr. der sogen. Quartierleute (H.G.Z. XII S. 76, XVI S. 283, Bolze XI Nr. 223).

Digitized by Google

bewirkt werden soll, über die Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen, getroffen haben;

9. die Unterschrift des Absenders; eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Unterschrift ist genügend.

Der Absender haftet dem Frachtführer für die Richtigkeit und die Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben.

Entw. I § 400, II § 418; Denkschr. I S. 257, 258, II S. 3263, 3264, A. D. H.G.B. Art. 391, 392.

Litteratur: Goldschmidt, Hdb. I, 2 § 75, Schott S. 303 ff., Eger I S. 37 ff.

Nr. 1. 1. Der Frachtvertrag als Werkvertrag wird geschlossen zwischen dem **Absender** als Besteller des Werkes und dem **Frachtführer** als Unternehmer des Werkes. Der Absender kann für eigene und für fremde Rechnung (als Spediteur) kontrahiren; letzterenfalls steht hinter ihm ein Versender. Der Versender hat mit dem Frachtführer direkt nichts zu thun, er kann nur ex jure cesso gegen ihn auftreten (§ 392; vgl. § 407 Nr. 16). — Der Frachtführer verpflichtet sich gegenüber dem Absender, das Frachtgut an den Adressaten oder **Empfänger** zu befördern. Empfänger wird gewöhnlich eine vom Absender verschiedene Person sein, doch kann sie auch mit dem Absender identisch sein; möglicherweise ist der Empfänger aber auch der Versender gegenüber dem Absender als Spediteur. Die Person des Empfängers spielt bei dem Abschluß des Frachtvertrages jedenfalls nicht die Rolle eines Kontrahenten. Sie erwirbt freilich aus dem Frachtvertrag nachträglich selbständige Rechte. Aber am Abschluß ist sie nicht aktiv mitbetheiligt. Der Abschluß des Frachtvertrages spielt sich ab zwischen Frachtführer und Absender.

Nr. 2. 2. Ueber den **Abschluß des gewöhnlichen Frachtvertrages** gilt nichts Besonderes, es greifen hier die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts Platz. Insbesondere ist der Frachtführer nicht verpflichtet, zu kontrahiren. Ein Anderes gilt bei dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen, hier besteht ein Zwang zum Kontrahiren unter gewissen Voraussetzungen. Darüber bei §§ 453, 473.

Nr. 3. 3. Einer bestimmten **Form** bedarf der Abschluß des gewöhnlichen Frachtvertrages nicht, er kann mündlich und schriftlich, auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Haben die Parteien Beurkundung vereinbart, so ist im Zweifel der Frachtvertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist (B.G.B. § 154 Abs. 2).

Solche besondere Vereinbarung der Beurkundung kommt nicht häufig vor, wohl aber ist es üblich, daß der Absender dem Frachtführer einen **Frachtbrief** ausstellt, wenn es nicht gerade um die Beförderung innerhalb desselben Ortes sich handelt (Cosack S. 426)[1]. Den Frachtbrief erhält der Frachtführer, er soll ihn mit dem Gut an den Empfänger abliefern (§ 436). Der Frachtbrief erscheint also als Begleitpapier der Sendung, er hat den mehrfachen Zweck, den Frachtführer zu sichern gegen nachtheilige Behauptungen des Empfängers, den Empfänger zu vergewissern über die Modalitäten der Sendung und die Person des Frachtführers, endlich den Empfänger zu legitimiren. Er ist nicht zu verwechseln mit dem vom Frachtführer auszustellenden Ladeschein (§ 444). — Der Frachtbrief ist gewöhnlich offen, einen verschlossenen Frachtbrief braucht der Frachtführer nicht anzunehmen.

Nr. 4. 4. Der Frachtbrief ist bloßes **Beweismittel**, die Gültigkeit des Vertrages hängt von der Ausstellung und Uebergabe des Frachtbriefes ebensowenig ab wie davon, daß der Frachtbrief den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt hat (Abs. 2). Insofern es sich um eine schriftliche Willenserklärung bei ihm handelt, kann man ihn freilich für eine Dispositivurkunde erklären (Regelsberger bei Endemann II S. 459, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 486), doch darf das Wort nicht verleiten, ihm eine für die Vertragsperfektion wesentliche Bedeutung beizumessen. Selbstverständlich kann sich in Uebergabe und Annahme des Frachtbriefes im konkreten Falle der Abschluß des Frachtvertrages darstellen. Eine erhöhte Bedeutung besitzt ferner der Frachtbrief beim Eisenbahnfrachtvertrag (vgl. bei § 454).

[1]) Doch kommt ein Frachtbrief in Gestalt einer Begleitadresse bei Packetbeförderungsinstituten in größeren Städten auch vor.

Digitized by Google

Der Frachtbrief ist auch nicht einziges Beweismittel, neben ihm können alle möglichen Beweismittel produzirt werden.

Die Beweiskraft des Frachtbriefes bemißt sich nach allgemeinen Grundsätzen der C.P.O. §§ 415 ff. Als Privaturkunde, die er regelmäßig sein wird, beweist er die Abgabe der Erklärung des Absenders. Darüber hinaus kann ihm der Richter bei Anwendung der freien Beweiswürdigung Bedeutung beimessen. Insbesondere wird der Richter daraus, daß der Frachtführer den Frachtbrief angenommen hat, auch gegen den Frachtführer in Folge des Anerkenntnisses des Frachtführers den Beweis des Frachtbriefes herleiten (R.O.H.G. XI S. 212). Hat gar der Frachtführer ebenfalls unterschrieben, so beweist der Frachtbrief natürlich gegen ihn.

Aber selbst soweit der Frachtbrief voll beweist, ist der Gegenbeweis gegen den Inhalt des Frachtbriefes zulässig, sei es, daß entgegenstehende Nebenabreden oder vorgenommene Abänderungen des Frachtvertrages oder Irrthum, Fälschung u. s. w. bewiesen wird. Beispiele: R.O.H.G. VII S. 217 hinsichtlich der angegebenen Quantität des Frachtgutes, R.O.H.G. VIII S. 196, des angegebenen Gewichtes, R.O.H.G. IX S. 73, XXIII S. 304, XXI S. 181, der Berechnung der Fracht. Vgl. auch Eger I S. 50, 51.

Auch kann die volle Beweiskraft durch ausdrückliche Klauseln im Frachtbrief entkräftet werden (vgl. R.O.H.G. VIII S. 196, Busch XXVII S. 336).

Die Beweiskraft des Frachtbriefes erstreckt sich zunächst auf das Verhältniß zwischen Absender und Frachtführer, sodann aber auch auf das Verhältniß des Frachtführers zum Empfänger (vgl. R.O.H.G. VIII S. 197), wie zum zweiten Frachtführer. Ja er hat in letzterer Beziehung sogar eine erhöhte formale Bedeutung. Darüber bei §§ 432, 436.

5. Der Frachtbrief ist nur Beweisurkunde, er ist kein Traditionspapier. In Nr. 5.
der Uebergabe des Frachtbriefes an den Empfänger liegt insbesondere nicht die Uebergabe des Gutes. Auch hat er nicht die Bedeutung einer Scripturobligation. In letzter Beziehung vgl. jedoch §§ 432, 436.

6. Auf die Ausstellung eines Frachtbriefes hat der Frachtführer ein Nr. 6.
Recht, auch nach Abschluß des Vertrages, ja nach Empfangnahme des Gutes. Und zwar hat er ein Recht auf Ausstellung eines offenen, vollen Frachtbriefes mit dem in Abs. 2 angegebenen Inhalt. Er kann deshalb auch verlangen, daß der Aussteller den Frachtbrief unterschreibt, oder doch unterdruckt, unterstempelt, litographirt (Abs. 2 Nr. 9).

Er hat solch' Recht selbst dann, wenn die Ausstellung eines Frachtbriefes ungewöhnlich ist, wie im Lokalverkehr. Solange ihm der Frachtbrief nicht ausgestellt wird, braucht er den Transport nicht zu beginnen. Natürlich kann er auf dieses Recht ausdrücklich oder stillschweigend verzichten. Hat er insbesondere den Transport angetreten, ohne das Recht geltend zu machen oder sich eine vorläufige Ladekarte geben zu lassen (Prot. S. 782), so wird man, wo die Ausstellung eines Frachtbriefes nicht hergebracht ist, einen Verzicht auf die Ausstellung annehmen dürfen. — Er hat ein Recht nur auf Ausstellung eines Exemplars. Umgekehrt hat der Absender gegen ihn ein Recht auf Annahme oder gar Unterschrift des Frachtbriefes nicht. Doch gilt ein Anderes bei Eisenbahnen (Frachtbriefduplikat). Darüber bei § 455.

7. **Gesetzlicher Normalinhalt des Frachtbriefes.** Die im zweiten Absatz an- Nr. 7.
gegebenen Punkte sind keineswegs für den Begriff des Frachtbriefes sämmtlich wesentlich. Ein Frachtbrief, dem einer dieser Punkte fehlt, kann darum doch ein Frachtbrief sein (Prot. S. 2203). Dies prägt sich in dem „soll" aus. Es wird nur der gesetzliche Normalinhalt des Frachtbriefes wiedergegeben (Schott S. 306). Wieweit ein unvollständiger Frachtbrief, dem eines jener Requisite abgeht, Beweiskraft hat, hängt vom richterlichen Ermessen ab. Immerhin aber wird, wie Cosack S. 427 mit Recht bemerkt, die Urkunde einen solchen Inhalt haben müssen, daß man sie noch als Frachtbrief ansehen kann; fehlt es ihr daran, liegt kein Frachtbrief vor, event. können gesetzliche Folgen, die sich an die Aushändigung eines „Frachtbriefes" knüpfen, nicht eintreten, z. B. die in §§ 432 Abs. 2, 433 Abs. 2, 436, 441 aufgestellten. So wird der Name des Absenders und die Bezeichnung des Gutes wesentlich sein. Im Einzelnen gilt:

a) **Ort und Tag der Ausstellung** durch den Absender. Das Datum der Nr. 8.
Ausstellung des Frachtbriefes braucht nicht identisch zu sein mit dem Datum der Annahme des Gutes durch den Frachtführer und ebensowenig mit dem Datum des Vertragsschlusses. Es kann beiden voraufgehen und es kann ihnen nachfolgen. Es

Digitized by Google

beweist somit weder die Zeit des Empfanges des Gutes durch den Frachtführer, noch die Zeit des Vertragsschlusses.

Nr. 9. b) **Namen und Wohnort des Frachtführers.** Ist der Frachtführer Vollkaufmann, so tritt an Stelle des Namens die Firma. Nur der Name, nicht der Vorname braucht angegeben zu werden. Was den Wohnort betrifft, so wird die Handelsniederlassung genügen. Selbstverständlich braucht der Name nicht geschrieben, sondern kann auch gedruckt sein.

Nr. 10. c) **Namen des Empfängers.** Empfänger kann eine Person und können Mehrere sein. Es kann im Frachtbrief auch die Person des Empfängers noch offen gelassen werden, indem der Absender sich vorbehält, die Person, an die abgeliefert werden soll, später zu bezeichnen, oder indem ein Dritter angegeben wird, der die Anweisung ertheilen soll (dies folgt aus § 433, vgl. Schott S. 304). Der Empfänger kann auch identisch sein mit dem Absender (vgl. oben Nr. 1). An Order mit den in § 364 aufgestellten Wirkungen kann der Frachtbrief nicht gestellt werden (anders beim Ladeschein).

Nr. 11. d) **Ort der Ablieferung,** d. h. der Ort, nach dem das Gut transportirt werden soll, gleichgültig, ob wirkliche Ablieferung an den Adressaten eintreten, oder das Gut weitergesendet werden soll, wie bei Sendungen „Bahnhof restante" (Eger I S. 91). Ueber die Ablieferung selbst bei § 435. Der Ort der Ablieferung kann übrigens vorbehalten sein.

Nr. 12. e) **Die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen.** Dies ist ein wesentlicher Punkt. Ein Frachtbrief, dem die Bezeichnung des Frachtgutes fehlt (vgl. R.G.E. XXXVII S. 12) oder der ein anderes Gut, als das wirklich aufgegebene angiebt, wäre kein solcher. Das Frachtgut muß ferner genügend gekennzeichnet sein. Das Gesetz verlangt solche Kennzeichnung durch Angabe der Qualität, Quantität und des Merkzeichens. Indessen ist für die Gültigkeit des Frachtbriefes überhaupt jede ausreichende Kennzeichnung genügend, sollte z. B. auch das Merkzeichen fehlen. Unter Qualität ist die Beschaffenheit des Gutes selbst, nicht die der Umhüllung zu verstehen, das Gut muß nach seiner Art und Gattung bezeichnet werden, nicht genügt die allgemeine Bezeichnung „Gegenstand" oder „Sache" oder „Waare" (Eger I S. 85), andererseits ist nicht detaillirte Bezeichnung der Qualität etwa nach Jahrgang, Güte u. dgl. erforderlich. Quantität, d. i. Angabe der Zahl, des Maßes oder des Gewichtes der Waare. Merkzeichen (Signum): Das Merkzeichen wird auf dem Gute, beziehungsweise der Verpackung angebracht, um das Gut von anderen zu unterscheiden, es kann bestehen in Zahlen, Buchstaben, Figuren, Firmenzeichen u. s. w. (Eger I S. 87), während Angaben des Gutes oder der Verpackungsart, z. B. „Glas" nicht Merkzeichen sind. Es wird sodann im Frachtbrief angegeben, um den Zusammenhang von Frachtbrief und Frachtgut festzuhalten. Wesentlich ist, wie bemerkt, das Merkzeichen nicht.

Nr. 13. f) **Die Bezeichnung der nöthigen Begleitpapiere,** falls es solcher für die zoll- oder steueramtliche Behandlung oder polizeiliche Prüfung bedarf. Diese Nummer ist also für den Transport in das Ausland berechnet. Vgl. übrigens bei § 427.

Nr. 14. g) **Die Bestimmung über die Fracht, bei frankirter Sendung der Vermerk der Frankatur.** Die Bestimmung über die Fracht ist nicht wesentlich, denn falls eine Vereinbarung nicht getroffen ist, würde nach B.G.B. § 632 Abs. 2 die taxmäßige, eventuell die übliche Fracht als vereinbart gelten. Es braucht auch nicht die Höhe der vereinbarten Fracht genau angegeben zu werden, es genügt schon Bezugnahme auf Tarife und Reglements (R.O.H.G. IX S. 73, XXI S. 182). Unter Fracht sind auch die Nebengebühren (Wiege-, Zoll-, Ladegebühren ꝛc.) zu verstehen (Eger I S. 93). Der Vermerk der Frankatur befreit den Empfänger von der Verpflichtung zur Zahlung der Fracht nach § 436.

Nr. 15. h) **Sonstige besondere Vereinbarungen des Frachtvertrages.** Von solchen hebt das Gesetz hervor solche über die Antritts- und Lieferfrist (z. B. ob Eilgut; umgekehrt Verzicht auf die gewöhnliche Lieferfrist, vgl. dazu Busch XIII S. 436), über Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung, über auf dem Gute haftende Nachnahmen. Dahin gehören ferner zulässige Vereinbarungen über die Haftpflicht (vgl. § 471), über den Ersatz für Beschädigungen und Verlust des Gutes (Werthdeklarationen § 429 Abs. 2, Eger I S. 96), über Konventionalstrafen wegen unrichtiger Deklaration, über die Art des einzuschlagenden Weges u. s. w.

Nr. 16. i) **Die Unterschrift oder Unterdruckung,** beziehungsweise **Unterstempelung des Absenders.** Doch ist auch dies nicht wesentlich, sofern nur der Name des

Digitized by Google

Absenders aus dem Frachtbrief ersichtlich ist. An Stelle des Namens tritt bei Vollkaufleuten die Firma. Der Wohnort des Absenders braucht nicht angegeben zu sein. Für die volle Beweiskraft des Frachtbriefes gegen den Absender ist dessen Unterschrift erforderlich (C.P.O. § 416, vgl. jedoch § 286).

8. **Haftung des Absenders.** Der Absender[1]) haftet ohne Rücksicht darauf, daß Nr. 17.
er in Verschulden ist, dem Frachtführer für die Richtigkeit und Vollständigkeit aller in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben, gleichgültig, ob sie die nach gesetzlicher Vorschrift aufzunehmenden Punkte oder die besonderen Vereinbarungen (vgl. bei Nr. 15) betreffen, vorausgesetzt, daß es sich um Angaben handelt, die Punkte des Frachtvertrages betreffen. Der Absender trägt somit mittelbar alle Folgen, die aus unrichtigen, ungenauen oder ungenügenden Angaben entspringen (Art. 7 Abs. 1 des Internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr). Allen Schaden, der dem Frachtführer daraus erwächst, sei es, daß er (bei zu geringer Gewichtsangabe) Fracht verliert oder daß seine Transportmittel beschädigt werden oder daß er für unrichtige Angaben in Strafe genommen wird oder daß er Dritten für Nachtheil, den das Gut ihnen, z. B. durch Zusammenpacken mit deren Gut, bereitet hat, aufkommen muß, muß der Absender dem Frachtführer ersetzen (Eger, Eisenbahnverkehrsordnung S. 216). Der Frachtführer ist auch nicht verpflichtet, daß Gut daraufhin nochmals zu prüfen, er darf annehmen, daß die Erklärungen des Absenders der Wahrheit entsprechen. Ist jedoch die Unrichtigkeit offen ersichtlich, so greift § 426 Abs. 3 nicht Platz (R.G.E. XXXVII S. 12). Der Absender haftet aber nur für den Schaden, der als Folge der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit dem Frachtführer erwächst, nicht für den Schaden, der gar keinen Kausalnexus mit den Angaben hat. Ist z. B. die Wohnung des Empfängers nicht richtig angegeben, so kann der Frachtführer sich nicht ohne Weiteres darauf berufen, wenn er einem Anderen, als dem Empfänger das Gut aushändigt, vielmehr muß die unrichtige Angabe die Aushändigung an den Anderen nothwendig veranlaßt haben (Eger, Internat. Uebereinkommen S. 124).

9. Außer dem Frachtbrief kommen noch andere Urkunden vor, deren das Nr. 18.
Gesetzbuch beim gewöhnlichen Frachtvertrag nicht Erwähnung thut, so insbesondere Empfangsbescheinigungen des Frachtführers, sei es, daß dadurch die Annahme der Güter zum Transport (Aufnahmeschein) oder nur die Empfangnahme behufs vorläufiger Aufbewahrung und späterer Verladung der Güter bescheinigt wird (Empfangsbescheinigungen im engeren Sinne (Schott S. 311). Unter diese Kategorie fallen auch Gepäckscheine und Beförderungsscheine, die zugleich aber eine Quittung über die Fracht und ein Legitimationspapier für die Aushändigung des Gepäcks sind (Schott S. 312). Ueber den Eisenbahnverkehr bei §§ 455, 463.

10. Das alte Recht (Art. 391, 392) stimmte im Ganzen überein. Nur galt: Nr. 19.

a) Der Normalinhalt des Frachtbriefes war nach Art. 392 Abs. 1 nicht völlig der gleiche. Die Nr. 6 des § 426 Abs. 2 fehlte, desgl. die Vorschrift, daß die Frankirung im Frachtbriefe zu vermerken sei (bei Nr. 7 ebenda). Einer Unterschrift des Absenders bedurfte der Frachtbrief nicht, dafür sollte der Name des Absenders in ihm angegeben werden.

b) Die strenge Haftung des Absenders nach Abs. 3 kannte das alte Recht nicht. Es ließ, vom Falle des § 427 abgesehen, den Absender nur für verschuldete Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der im Frachtbrief enthaltenen Angaben haften. Soweit es sich um vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossene Frachtverträge handelt, normirt das alte Recht, auch wenn der Frachtbrief nach dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. ausgestellt wird.

§ 427.

Der Absender ist verpflichtet, dem Frachtführer die Begleitpapiere zu übergeben, welche zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften vor der Ablieferung an den Empfänger erforderlich sind. Er haftet dem Frachtführer, sofern nicht diesem ein Verschulden zur Last fällt, für alle

[1]) Nur dieser, nicht etwa der erste Frachtführer dem zweiten gegenüber so weitgehend.

Digitized by Google

Folgen, die aus dem Mangel, der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit der Papiere entstehen.

Entw. I § 401, II § 419; Denkschr. I S. 258, II S. 3264; A. D. H. G. B. Art. 393.

Nr. 1. 1. Die Vorschrift des **ersten Satzes** ist keine singuläre, sie ergiebt sich aus dem Wesen des Frachtvertrages. Der Frachtführer übernimmt die Ausführung des Transportes, der Absender muß ihn in den Stand setzen, den Transport gehörig auszuführen, nicht bloß dadurch, daß er ihm das Gut in beförderungsfähigem Zustand übergiebt, sondern auch dadurch, daß er ihm alle Begleitpapiere aushändigt, die nöthig sind, um das empfangene Gut zur Ablieferung an den Empfänger zu bringen; denn ohne solche Papiere kann der Frachtführer den Transport nicht vollenden, ihr Fehlen würde ihm ein Hinderniß für die Transportausführung bereiten. Darum bezieht sich die Vorschrift auch nur auf diejenigen Begleitpapiere, die zur Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften vor der Ablieferung des empfangenen Gutes an den Empfänger erforderlich sind. Soweit es sich um Erfüllung derartiger Vorschriften vor Uebergabe des Gutes an den Frachtführer oder nach Ablieferung des Gutes an den Empfänger handelt, kommt § 427 nicht in Frage (Eger I S. 141).

Im Einzelnen gilt:

Nr. 2. a) Die Verpflichtung liegt dem **Absender** ob; aber auch wenn der erste Frachtführer dem zweiten Frachtführer das Gut zur Weiterbeförderung übergiebt, hat er ihm die vom Absender erhaltenen Begleitpapiere zu übergeben. Wieweit der erste Frachtführer dagegen verpflichtet ist, seinerseits für Beschaffung sonstiger erforderlicher Begleitpapiere zu sorgen, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen der bona fides. Keineswegs darf man ihm eine derartige allgemeine Verpflichtung aufbürden, wie sie dem Absender auferlegt ist.

Nr. 3. b) Der Absender **hat die Verpflichtung, alle für die Durchführung des Transportes gesetzlich erforderlichen Begleitpapiere zu besorgen.** Das Gesetz nennt freilich nur solche, die zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- und Polizeivorschriften nöthig sind. Unter die letzte Kategorie würden auch solche fallen, die aus sanitäts-, wohlfahrtspolizeilichen Rücksichten verlangt werden (Eger, Internat. Uebereinkommen. S. 177). Aber es läßt sich überhaupt eine Grenze in diesem Sinne nicht ziehen; soweit das Gesetz für die Durchführung des Transportes Begleitpapiere verlangt, z. B. behufs Erfüllung der im Interesse der Statistik erlassenen Vorschriften (Eger ebenda), hat sie der Absender zu besorgen. Solange der Frachtführer diese Papiere nicht hat, kann er die Ausführung des Transportes verweigern.

Nr. 4. c) Der Absender hat den Frachtführer in den **Besitz** dieser Papiere zu setzen; der Frachtführer braucht sie im Zweifel nicht abzuholen. Und zwar hat er ihm rechtzeitig die Papiere zu übergeben, sonst haftet er für den aus der Verzögerung entstehenden Schaden.

Nr. 5. d) Daß der Frachtführer die **zoll- oder steueramtliche Behandlung** zu übernehmen verpflichtet sei, ist damit indessen nicht gesagt (a. A. Schott S. 392). Die ratio des § 427 ist lediglich die, daß der Absender alles thun muß, um dem Frachtführer die Möglichkeit zu gewähren, seiner Verpflichtung, den Transport durchzuführen, nachzukommen. Nichts mit der Transportausführung hat aber die zoll- und steueramtliche Behandlung zu thun, vielmehr wäre die Verpflichtung des Frachtführers, die Zollabfertigung zu besorgen und die Zollabgabe vorzuschießen, eine selbständige, durch Nebenberedung übernommene (R. O. H. G. XXIV S. 211, 212), die dadurch entstandenen Kosten sind nicht Transportkosten, sondern besondere Auslagen (vgl. § 440 Abs. 1). Eisenbahnen legt solche § 59 Nr. 3 der Verkehrsordnung auf. Ebensowenig ist an sich der Frachtführer zur Versicherung verpflichtet, da dies auch nicht dem Spediteur obliegt (vgl. § 408 Nr. 3).

Nr. 6. 2. Die Vorschrift des **zweiten Satzes** ist dagegen eine singuläre. Dem Absender ist eine Haftung für alle aus dem Mangel, der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit der Papiere entstehenden Folgen auferlegt, es sei denn, daß dem Frachtführer selbst ein Verschulden zur Last fällt. Denn danach haftet der Absender nicht bloß für ein Versehen, sondern trägt direkt die Gefahr des Mangels, der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit der Papiere. Entsteht somit dem Absender unmittelbar ein Schade aus jenen Mängeln, z. B. durch Konfiskation der Güter, so hat er ihn selbst zu tragen, entsteht dem Frachtführer ein Schade, z. B. durch Geldstrafe, durch verursachte Ausladungskosten u. dgl., so hat der Absender dem Frachtführer den Schaden zu ersetzen,

Digitized by Google

sofern nur der Schade entstanden ist aus dem Mangel, der Unzulänglichkeit, d. h. Nichtwahrung der gesetzlichen Vorschriften, oder Unrichtigkeit der Begleitpapiere, was der regreßnehmende Frachtführer zu beweisen hätte. Der Absender kann auch nicht einwenden, daß der Frachtführer seinerseits den Schadensbetrag, z. B. das Strafgeld noch nicht entrichtet habe; denn der Frachtführer braucht sowenig wie der Spediteur für Rechnung des Absenders in Vorschuß zu gehen (R.O.H.G. XIII S. 9). Er kann vielmehr nur einwenden:

a) Daß der Schade nicht aus jenen im Gesetz angeführten Mängeln der Begleitpapiere, sondern aus anderen, von ihm nicht zu vertretenden Thatsachen entstanden ist. Wieweit der Absender sonstige Thatsachen, z. B. Schaden aus der Beschaffenheit des Gutes, zu vertreten hat, bemißt sich nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. R.G.E. XV S. 153, XX S. 78). Vgl. B.G.B. §§ 645, 644, für den Eisenbahnfrachtverkehr H.G.B. § 456.

b) Daß dem Frachtführer selbst ein Verschulden zur Last falle. Soweit der Frachtführer selbst in culpa ist,[1]) hat er keinen Regreß gegen den Absender, ja er ist u. U. dem Absender, den der Schade unmittelbar trifft (z. B. bei Konfiskation der Güter), seinerseits regreßpflichtig. Insbesondere würde dahin der Fall gehören, daß der Frachtführer die übergebenen Begleitpapiere schuldvoll verliert oder nicht vorweist oder eigenmächtig ändert oder beschädigt (Eger I S. 145). Es kann auch nach Lage der Dinge ein Verschulden des Frachtführers in falscher Belehrung und Auskunftertheilung an den Absender liegen, zumal wenn jener der Sachverständige, dieser der nichtsachverständige Theil ist, ja es kann nach Lage der Dinge der Frachtführer verpflichtet sein, die Begleitpapiere zu prüfen oder gar den Absender zu deren Verschaffung zu veranlassen. Wann und wieweit dies der Fall ist, ist Thatfrage, wobei die Verkehrssitte, der Umfang des Geschäftsbetriebes des Frachtführers, die Person des Absenders, die Art des Transportes und der Sendung zu berücksichtigen sind (Eger I S. 145, 146, v. Hahn zu Art. 393 §§ 2—4). Nach der Eisenbahnverkehrsordnung § 59 Nr. 2 liegt solche Prüfung der Bahn nicht ob. Bei konkurrirender Verschuldung von Absender und Frachtführer greift B.G.B. § 254 Platz. Natürlich kann der Frachtführer durch den Frachtvertrag Befreiung von der Haftung für eigene culpa ausbedingen, soweit dies nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist.

3. Weil die Vorschrift des zweiten Satzes nur eine singuläre ist, ist sie strikt Nr. 7.
zu interpretiren. Die weitgehende Haftung trifft danach nur den Absender, nicht etwa den ersten Frachtführer gegenüber dem zweiten, dem er das Gut zur Weiterbeförderung übergiebt (R.O.H.G. XXIV S. 214, 215), und sie trifft den Absender nur, wenn es sich um Begleitpapiere handelt, die zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften nothwendig sind, nicht um sonstige Begleitpapiere (Staub § 427 Anm. 7, anders wie es scheint Eger I S. 141, Puchelt-Förtsch zu Art. 393 Nr. 3). Ueber den Frachtbrief bei § 426 Nr. 17.

4. Das alte Recht (Art. 393) legte dem Absender die generelle Haftung für Be- Nr. 8.
gleitpapiere, die zur Erfüllung von Polizeivorschriften erforderlich waren, nicht auf. Auf vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossene Frachtverträge ist die Erstreckung des § 427 nicht anwendbar.

§ 428.

Ist über die Zeit, binnen welcher der Frachtführer die Beförderung bewirken soll, nichts bedungen, so bestimmt sich die Frist, innerhalb deren er die Reise anzutreten und zu vollenden hat, nach dem Ortsgebrauche. Besteht ein Ortsgebrauch nicht, so ist die Beförderung binnen einer den Umständen nach angemessenen Frist zu bewirken.

Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so kann der Absender von dem Vertrage zurücktreten; er hat jedoch den Frachtführer, wenn diesem kein Verschulden zur Last fällt, für die Vorbereitung der Reise, die Wiederausladung und

[1]) Natürlich ist der Fall des § 431 miteinbegriffen.

Digitized by Google

ort zuzuführen oder den Absender um anderweitige Anweisung anzugehen (E.B.K.O. § 65 Abs. 3).

β) Ist ein Frachtbriefduplikat ausgestellt (vgl. § 455 Abs. 2) und befindet sich der Absender nicht in dessen Besitz, so darf seine Verfügung nicht die Person des Destinatärs noch den Bestimmungsort ändern (E.B.K.O. § 65 Abs. 4).

Nr. 13. III. **Die sonstigen Fälle des Rücktrittsrechtes des Absenders** bemessen sich grundsätzlich nach bürgerlichem Recht. Dahin gehört:

a) Nach B.G.B. § 649 kann der Absender bis zur Vollendung des Transportes jederzeit kündigen. Der Frachtführer kann dagegen die Fracht verlangen und muß sich nur dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Frachtvertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Vgl. aber auch den besonderen Fall von B.G.B. § 650. Modifizirt ist das Kündigungsrecht ferner durch H.G.B. § 433.

b) Der Fall der R.K.O. § 17.

c) Die bereits besprochenen Fälle von B.G.B. §§ 325, 326.

d) B.G.B. § 636 ist durch diesen § ersetzt.

Nr. 14. IV. Der **Frachtführer kann nicht frei zurücktreten** (R.G.E. XV S. 76); es sei denn, daß er die Ausführung des Transportes unentgeltlich übernommen und nicht auf das Rücktrittsrecht verzichtet hat, B.G.B. § 671 — siehe oben § 424 Nr. 11. Wohl aber kann er zurücktreten:

a) Im Falle der R.K.O. § 17.

b) Wenn die Voraussetzungen des B.G.B. §§ 325 oder 326 beim Absender vorliegen.

c) Ist auch B.G.B. § 643 auf den Frachtvertrag anwendbar? Der praktisch in Frage kommende Fall wäre, daß ein Ablieferungshinderniß eintritt. Ueber diesen Fall normirt aber § 437.

V. Ebenso bemessen sich die sonstigen Aufhebungsgründe des Vertrages nach bürgerlichem Recht; dahin gehört vor Allem Verlust des Gutes. Ueber die dann eintretenden Folgen bei §§ 429, 430.

Nr. 15. VI. Der § 428 entspricht im Wesentlichen dem älteren Recht (Art. 394).

§ 429.

Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht, es sei denn, daß der Verlust, die Beschädigung oder die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld- und Werthpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist.

Entw. I § 403, II § 421; Denkschr. I S. 258, 259, II S. 3264, 3265; A. D. H.G.B. Art. 395, 397.

Nr. 1. 1. § 429 Abs. 1 normirt die Haftung des Frachtführers für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes in der Zeit von Annahme bis Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht, generell.

§ 429 Abs. 2 schränkt diese Haftung für Verlust oder Beschädigung in gewissen Fällen ein.

Umgekehrt erweitert sie § 456 für den Eisenbahnfrachtverkehr; ebenso erweitert § 466 die Haftung für Versäumung der Lieferfrist bei Eisenbahnen.

Nr. 2. 2. **Altes und neues Recht.** § 429 enthält auf dem Gebiete des Frachtrechts die wichtigste Abweichung des neuen H.G.B. vom alten. Mit dem alten H.G.B. stimmt das neue darin überein, daß es die Schadenshaftung des Frachtführers für Versäumung der Lieferfrist auf Verschuldung basirt (Art. 397 des alten H.G.B.). Dagegen unterscheidet es

Digitized by Google

sich vom alten H.G.B. dadurch, daß es dem gleichen Grundsatz hinsichtlich der Haftung für Verlust und Beschädigung des Frachtgutes huldigt. Das alte H.G.B. dehnte die Schadenshaftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigung in der Zeit von Annahme bis Ablieferung, auf den Vorschriften des römischen Rechts über das receptum fußend, auf alle Fälle aus, in denen weder höhere Gewalt noch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, noch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder sonstige alleinige Schuld des Verfügungsberechtigten die Ursache des Verlustes, beziehungsweise der Beschädigung waren. Diese Erweiterung der Haftung hat das neue Gesetzbuch nur für den Eisenbahnfrachtverkehr beibehalten (§ 456). Dagegen hat es für das gewöhnliche Frachtgeschäft, nach dem Vorgang des Gesetzes über die Binnenschiffahrt (§ 58), die Schadenshaftung für Verlust und Beschädigung des Frachtgutes übereinstimmend mit der für Versäumung der Lieferzeit geregelt. Es hat damit den Frachtführer nicht bloß auf eine Stufe mit dem Kommissionär, Spediteur und Lagerhalter gestellt (§§ 384 Abs. 1, 390, 408, 407 Abs. 2, 417 Abs. 1), sondern das Frachtgeschäft in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen über den Werkvertrag gebracht (B.G.B. § 644 Abs. 1, § 645).[1])

Nr. 3. 3. § 429 befaßt sich lediglich mit der Frage der **Schadenshaftung** des Frachtführers. Wieweit die von ihm ins Auge gefaßten Thatsachen zur Aufhebung des Vertrages führen oder ein Rücktrittsrecht des Absenders begründen, wird nicht in § 429 entschieden. Zum Theil handelt darüber § 428, zum größeren Theil das bürgerliche Recht. Ebensowenig ist in § 429 die Frage entschieden, wieweit der Frachtführer trotz Untergang des Gutes Anspruch auf die Fracht hat. Diese Frage entscheidet sich vielmehr nach allgemeinen Sätzen des B.G.B. über den Werkvertrag, insbesondere den §§ 644, 645 B.G.B.

Nr. 4. 4. § 429 befaßt sich auch nur mit der Schadenshaftung des **Frachtführers.** Wieweit der Absender dem Frachtführer für den Schaden aus vertragswidrigen Handlungen aufzukommen hat, bestimmt sich theils nach bürgerlichem Recht, theils nach besonderen Vorschriften des H.G.B. (§§ 426 Abs. 3, 427). Insbesondere kann hier der Schade in Betracht kommen, der dem Frachtführer daraus entsteht, daß ihm die besondere Natur des schadenbringenden Gutes verheimlicht ist oder daß die vom Absender übernommenen Verpflichtungen der Verpackung und Aufgabe nicht erfüllt sind (R.G.E. XV S. 151, XX S. 78), oder daß ein selbständiges Delikt (B.G.B. §§ 826, 823) vorliegt.

Nr. 5. 5. § 429 betrifft nur die Schadenshaftung des Frachtführers **für gewisse Thatsachen.** Darüber hinaus greift bürgerliches Recht oder greifen andere Sätze des Handelsrechts Platz, so z. B., wenn der Frachtführer es unterläßt, den Absender von einem Ablieferungshinderniß in Kenntniß zu setzen, oder wenn er ihn nicht rechtzeitig vom Verkauf des Gutes benachrichtigt (§ 437), wenn er das Gut unbefugt dem Empfänger aushändigt oder sonst die Anweisungen des Absenders nicht befolgt, wenn er die Vorschriften über den Pfandverkauf nicht beobachtet. Doch wird die Beweislast entsprechend B.G.B. § 282 sich hier ebenso gestalten.

Nr. 6. 6. Die Thatsachen, die der Schadenshaftung des Frachtführers untergelegt werden, sind einmal **Verlust** oder **Beschädigung** des Gutes, sodann **Versäumung der Lieferzeit.**

a) **Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes.** Die Begriffe sind hier die gleichen, wie in § 390 (vgl. das dort Nr. 5 Bemerkte und dazu R.O.H.G. IV S. 14, VII S. 55, XV S. 30, VIII S. 332, Bolze XVI Nr. 398). Verminderung des Werthes durch Kursverlust u. dgl. fällt auch hier nicht unter den Begriff der Beschädigung. Der Verlust, beziehungsweise die Beschädigung, müssen entstanden sein während des receptum, in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung des Gutes. **Annahme** des Gutes bedeutet Empfangnahme des Gutes durch den Frachtführer als solchen. Solange der Frachtführer das Gut vom Absender nicht in Empfang genommen, d. h. selbst oder durch seine Leute in unmittelbaren Besitz genommen hat, besteht die Haftung aus § 429 nicht, selbst wenn der Frachtvertrag abgeschlossen und der Frachtbrief ausgehändigt ist. Auch muß der Frachtführer als solcher es in Empfang genommen haben; besitzt der Frachtführer das Gut, aber in anderer Eigenschaft (z. B. als Spediteur, Lagerhalter u. s. w.), so beginnt die Haftung aus § 429 mit dem Moment,

[1]) Nach B.G.B. § 644 Abs. 1 trägt ja freilich der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes, aber für zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist er nicht verantwortlich, dieser Fall entspricht dem vorliegenden.

Digitized by Google

in dem er die Eigenschaft als Frachtführer annimmt (Eger I S. 230).[1]) Dagegen ist nicht nothwendig, daß der Transport begonnen hat. Der Frachtführer haftet auch für den Verlust und die Beschädigung, die vor Beginn der Reise entstehen, es sei denn, daß ein Anderes für diese Zeit ausbedungen ist (R.O.H.G. IX S. 302) und selbstverständlich für Verlust und Beschädigung bei Unterbrechung der Reise (R.O.H.G. XII S. 282). — **Ablieferung** des Gutes ist nicht nothwendig faktische Aushändigung an den Empfänger, es genügt, wenn der Frachtführer im Einverständniß mit dem Empfänger den unmittelbaren Besitz des Frachtgutes aufgiebt. Es gilt hier durchaus das Gleiche, wie in § 377 (vgl. Hanausek II S. 29), so daß auf das dort (§ 377 Nr. 24) Vorgetragene zu verweisen ist. Die bloße Ankunft des Gutes am Destinationsorte genügt gewöhnlich nicht (vgl. § 435),[2]) der Frachtführer muß vielmehr durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung dem Destinatär gegenüber seine Verfügung aufgegeben und dadurch die Sendung zur Abnahme durch denselben bereit gestellt haben (R.G.E. XIII S. 169 und die dort citirten Entsch. der R.O.H.G.). Solche Erklärung liegt aber noch nicht in der bloßen Benachrichtigung des Empfängers von der Ankunft des Frachtführers (O.L.G. Hamburg in H.G.Z. XII S. 30), auch nicht in der Aushändigung des Frachtbriefes oder sonstiger Handlungen, die es dem Empfänger erst ermöglichen sollen, über das Gut zu verfügen (R.O.H.G. VI S. 276), denn der Frachtführer behält ja immer noch den unmittelbaren Besitz des Gutes als Frachtführer, kann als solcher sein Retentionsrecht geltend machen u. s. w. Wohl aber würde die Aushändigung des Gutes an einen Dritten mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Empfängers Ablieferung sein, so an die Zollbehörde des Destinationsortes oder an den Rollfuhrmann, falls der Frachtführer das Gut nicht in das Haus zu bringen braucht (R.O.H.G. II S. 252, 253, VIII S. 25). Erfolgt die Auslieferung an einen Dritten, der nicht bevollmächtigt ist, so liegt Ablieferung auch dann nicht vor, wenn der Frachtführer bona fide ist (R.O.H.G. XXV S. 330). Selbstverständlich liegt in der Zurückgabe an den Absender Ablieferung.

Der Ablieferung des Gutes steht natürlich gleich, wenn der Absender, solange er verfügungsberechtigt ist (§ 433), beziehungsweise der Empfänger, sobald er die Rechte aus dem Frachtvertrag geltend machen kann (§ 435), mit dem Frachtführer eine Vereinbarung trifft, durch die dieser das Gut nicht als Frachtführer, sondern in anderer Eigenschaft, z. B. als Verwahrer oder Lagerhalter oder Kommissionär verwahrt (R.O.H.G. XIV S. 295. Die bloße Unterbrechung des Vollzuges des Frachtvertrages ist bedeutungslos, Bolze IX Nr. 370, Seuffert LII Nr. 176). Dagegen würde der Umstand, daß der Empfänger in Annahmeverzug ist oder ein sonstiges Ablieferungshinderniß im Sinne des § 437 eintritt, der Ablieferung noch nicht gleichstehen. Der Frachtführer hat hier zwar die besonderen Rechte des § 437 Abs. 2, 3 — aber solange er davon nicht Gebrauch macht, haftet er dem Absender in Gemäßheit des § 429 (R.O.H.G. XIV S. 295, O.L.G. Karlsruhe in Z. XL S. 536, R.G. in Eisenbahnrechtliche Entscheidungen I S. 270, 271, anders Eger I S. 247, Schott S. 337, Staub § 429 Anm. 9); anders gegenüber dem in Annahmeverzug befindlichen Empfänger, diesem gegenüber würde er nur noch für dolus und culpa lata haften (B.G.B. § 300 Abs. 1, O.L.G. Dresden in Z. XXXVIII S. 237).

Daß der Verlust beziehungsweise die Beschädigung des Gutes während des receptum entstanden sind, hat der Kläger (Absender, beziehungsweise Empfänger) zu beweisen, denn es sind die klagefundamentirenden Thatsachen. Er hat also nachzuweisen, daß er das Gut dem Frachtführer übergeben, beziehungsweise unbeschädigt übergeben habe (Prot. S. 4699 ff., Busch XII S. 399, Eger I S. 231) und daß es entweder zur Ablieferung an den Empfänger nicht gekommen ist oder daß das Gut beschädigt abgeliefert ist. Ueber das diesbezügliche Feststellungsverfahren bei § 438.

Nr. 7. b) **Versäumung der Lieferzeit**, d. h. der Zeit, binnen der die Beförderung nach der ausdrücklichen Vereinbarung oder dem Gesetz (§ 428) bewirkt werden sollte. Die Versäumung kann entstanden sein durch nicht rechtzeitigen Antritt, durch Unter-

[1]) So haftet die Eisenbahn nach der E.V.K.O. § 38 nur als Verwahrer, wenn der Reisende sein Gepäck gegen Gebühr zur vorübergehenden Aufbewahrung niederlegt.

[2]) Ausnahmsweise kann sie auch genügen. Der A übergiebt dem B das Gut zur Beförderung nach dem Orte C für den Empfänger D, weist ihn aber an, das Gut an einer bestimmten Stelle des Ortes C auszuladen und den D von der Ausladung zu benachrichtigen. Hier läge in dem Akt der Ausladung der Akt der Ablieferung, jedenfalls würde mit der Ausladung die Haftung aufhören.

Digitized by Google

brechung der Reise, durch Wahl ungeeigneter Transportmittel, falschen Weges, aber auch durch Nichtbenachrichtigung des Empfängers (v. Hahn zu Art. 397 § 4). Durch diese Versäumung muß ein Schade entstanden sein. Der Kläger hat hier also nicht bloß die Versäumung, sondern auch den Kausalzusammenhang zwischen Versäumung und Schaden zu beweisen (R.O.H.G. XIII S. 399, 400). Der Schade kann in einer Werthveränderung der Waare in Folge der Verspätung, in entgangenem Gewinn, in der Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe u. dgl. bestehen, es kann aber auch substantielle Verschlechterung oder geradezu Verlust der Waare die Folge der Verspätung sein. Wieweit solchenfalls der Frachtführer schadensersatzpflichtig ist, ist in § 430 zu erörtern.

7. Für den Schaden aus obigen Thatsachen haftet der Frachtführer nur dann, **wenn ihn ein Verschulden trifft.** Aber es liegt ihm der Exkulpationsbeweis ob, er muß nachweisen, daß Verlust, Beschädigung oder Verspätung auf Umständen beruhen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten, er haftet also für culpa levis. Dabei wird es genügen, wenn er zunächst nachweist, daß er den Transport mit aller Sorgfalt, die von einem Frachtführer seiner Art unter den obliegenden Umständen verlangt werden kann, durchgeführt hat (vgl. Eger I S. 393). Es wird dann Sache des Klägers sein, besondere, nach seiner Ansicht den Frachtführer belastende, Umstände geltend zu machen (nicht zu beweisen), und es wird dann dem Frachtführer obliegen, sich von dem Vorwurf zu reinigen, indem er seine Schuldlosigkeit an diesen Momenten darthut. Es gilt hier durchaus das Gleiche, wie beim Kommissionär (oben § 390 Nr. 6). Keineswegs darf dem Frachtführer der abstrakte Nachweis aufgebürdet werden, daß er unter keinen Umständen den Schaden oder die Verspätung habe abwenden können, solch' Beweis ist kaum zu erbringen; es darf von ihm nicht einmal stets verlangt werden, daß er das Ereigniß nachweist, auf dem der Verlust, die Beschädigung oder Verspätung beruht, dies wird wenigstens bei Verlust und Beschädigung des Gutes häufig gar nicht möglich sein. — Seine Schuldlosigkeit legt er schon durch den Nachweis dar, daß der Verlust, die Beschädigung oder Versäumung beruhen auf Naturgewalten oder sonstigen, seiner Einwirkungskraft entrückten Umständen (Krieg, Blokade u. dgl.), die so ungewöhnlich sind, daß er als ordentlicher Frachtführer sie nicht voraussetzen konnte. Sind sie umgekehrt derart, daß er mit ihnen rechnen muß, so hat er nachzuweisen, daß er ihnen gegenüber alles gethan hat, was in seinen Kräften stand, um die schadenbringende Wirkung zu vermeiden oder zu vermindern (Diebstahl in berüchtigten Gegenden R.O.H.G. XX S. 124, Bolze XIV Nr. 406 d, Lawinen bei Paßüberschreitungen zur Frühjahrszeit, hoher Wellengang, Flußüberschwemmungen, Frost zur Winterszeit u. dgl.). Ferner wird ihn der Beweis exkulpiren, daß der Verlust, beziehungsweise die Beschädigung des Gutes auf dessen natürliche Beschaffenheit oder auf nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder auf sonstige culpa des Absenders zurückzuführen sei, oder auf Anweisungen des Verfügungsberechtigten, vorausgesetzt, daß er nicht selbst schuldhaft unterließ, den Verfügungsberechtigten über das Verfehlte seiner Anordnung aufzuklären (vgl. das Nähere bei § 456). Waren die Mängel der Verpackung erkennbar (z. B. leichte Verpackung bei zerbrechlichen Sachen), so hat er nachzuweisen, daß er das Gut dementsprechend mit der nöthigen Vorsicht behandelt hat; die Beförderung daraufhin abzulehnen oder den Absender auf den Mangel der Verpackung aufmerksam zu machen, ist er nicht gehalten. (Die Auffassung v. Hahns zu Art. 395 § 7 Anm. 6, daß in dem Unterlassen des Aufmerksammachens ein dolus des Frachtführers läge, ist zu weitgehend.) Freilich wird er durch solchen Hinweis seine Lage erheblich verbessern, denn er hat nun den Absender in den Stand gesetzt, das Seinige zu thun, unterläßt dieser es, so hat er selbst die Folgen zu tragen und darf vom Frachtführer nicht weitere Exkulpirung verlangen (v. Hahn § 20 zu Art. 395). Nr. 8.

Aber es befreit ihn überhaupt der Nachweis, daß er an der schädigenden Thatsache nicht schuld ist, daß sie für ihn Zufall ist, auch wenn sie nicht zu den Ereignissen gehört, die als höhere Gewalt zu betrachten sind (vgl. R.G.E. XXI S. 18). Insbesondere würde hierhin das Versagen von Transportmitteln gehören, daß z. B. der Wagen durch Radbruch umstürzt oder das Pferd stürzt und dadurch das Gut beschädigt wird. Weist der Frachtführer nach, daß der Wagen gut gebaut war, daß er ihn vorher besichtigte, gehörig ölte, daß das Pferd in gutem Stand, gehörig gefüttert und beschlagen, nicht überlastet, von einem ordentlichen Kutscher ordentlich besorgt war, so hat er für den Schaden nicht aufzukommen, wobei wohlgemerkt es Sache des Klägers sein wird, angeblich belastende Momente hervorzuheben. Dabei ist jedoch § 431 zu beachten. So

Digitized by Google

kann er von der Haftung frei werden, auch wenn die schadenbringende Ursache verborgen bleibt.

Nr. 9. 8. **Absatz 2.** Für Verlust und Beschädigung gewisser Transportobjekte haftet der Frachtführer nur im Falle der Deklaration, nämlich

a) **Kostbarkeiten.** Der Begriff bestimmt sich nach dem Leben. Der Gegenstand muß ein im Verhältniß zur Größe und Schwere besonders „kostbarer" sein (v. Hahn zu Art. 395 § 22), wobei es nicht bloß auf den Stoff ankommt (Juwelen, Goldsachen), sondern auch auf die Arbeit (Spitzen) oder die Seltenheit (Handschriften, Incunabeln) (R.G.E. XIII S. 38). Auch geringwerthige Uhren und Bijouterien können, in Massen verschickt, Kostbarkeiten sein (vgl. auch R.G.E. VII S. 126, O.L.G. Hamb. in Z. XL S. 538, H. G.Z. XII S. 271).

b) **Kunstgegenstände.** Dahin gehören Oelgemälde, auch Kopien, Zeichnungen, Statuen, auch Gipsabgüsse, aber auch Kunstgewerbegegenstände, Kupferstiche, Holzschnitte, Prachtwerke, Antiquitäten u. s. w., sofern es sich nicht um geringwerthige Dutzendwaare handelt.

c) **Geld**, auch ausländisches, außer Kurs gesetztes, auch Papiergeld.

d) **Werthpapiere**, auch Beweisdokumente von Werth (so auch Schott S. 333).

Bei allen diesen muß Beschaffenheit oder Werth angegeben sein, eines von beiden genügt. Die Deklaration muß also Guts- oder Werthsdeklaration sein. Die Gutsdeklaration braucht sich nur auf die allgemeine Kategorie „Kostbarkeit", „Kunstgegenstand" ꝛc. zu beziehen, doch kann sie auch spezialisiren; umgekehrt genügt Spezialisirung nicht, wenn daraus nicht die Beschaffenheit als Werthobjekt hervorgeht, so würde die Bezeichnung „Buch" nicht genügen, wenn es sich um eine Incunabel handelt. Es wird deshalb aus praktischen Gründen Werthsdeklaration zu empfehlen sein (Eger I S. 297). Die Höhe des Werthes zu bestimmen, ist dem Absender frei überlassen. Die Angabe muß deutlich und ausdrücklich erfolgen und zwar gegenüber dem Frachtführer. Angaben Dritten gegenüber genügen nicht (Friedrichs im Archiv f. b. R. IX S. 124). Die Angabe ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (R.O.H.G. XI S. 424), der Frachtführer ist durch sie nicht gebunden. Daß die Angabe im Frachtbrief oder schriftlich erfolgt, ist nicht nothwendig, auch mündliche Angabe genügt. Die Angabe braucht nicht bei Abschluß des Frachtvertrages zu erfolgen, sie kann bis zur Uebergabe behufs des Transportes verschoben werden, dagegen würde nachträgliche Angabe nichts mehr nutzen, selbst wenn dadurch die Lage des Frachtführers nicht erschwert wird. Der Frachtführer könnte die Haftung aus dem Frachtvertrag ablehnen.

Unterbleibt die Deklaration, so cessirt jede Haftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigung aus § 429, wohl aber bleibt die Haftung für Versäumung der Lieferfrist bestehen. Selbst im Falle groben Versehens oder Vorsatzes kann nicht aus § 429 geklagt werden, denn Abs. 3 des § 430 bezieht sich nur auf die Fälle, wo auf Grund des Frachtvertrages für Verlust oder Beschädigung Ersatz zu leisten ist (R.O.H.G. VIII S. 271 ff., R.G.E XIII S. 37). Wohl aber kann der Frachtführer wegen selbständigen Deliktes belangt werden (R.O.H.G. VIII S. 273, z. B. aus B.G.B. §§ 823, 826, Eger I S. 294, Friedrichs a. a. O. S. 124, 125).

Welchen Einfluß die Werthsdeklaration auf die Schadensberechnung hat, ist in § 430 auseinanderzusetzen.

Nr. 10. 9. Die sämmtlichen Bestimmungen des § 429 über den Umfang der Haftung des Frachtführers können durch Vertrag erweitert und eingeschränkt werden. Der Frachtführer kann insbesondere die Haftung für Verlust und Beschädigung des Gutes auch im Falle des Zufalls oder gar der höheren Gewalt, er kann die Haftung für jede Verspätung oder wenigstens für nicht ganz unabwendbare Verspätungen übernehmen. Umgekehrt kann er seine Haftung nur auf den Fall des groben Versehens beschränken. Natürlich ist jede Beschränkung, die gegen die guten Sitten verstößt, nichtig (B.G.B. § 138), z. B. Ausschluß der Haftung für eigenen Vorsatz. Als solche würde aber noch nicht ohne Weiteres der Ausschluß der Haftung für das Verschulden der Leute des Frachtführers gelten (B.G.B. § 278 Satz 2), denn der Frachtführer ist möglicherweise schwer in der Lage, seine Leute gehörig auszuwählen und zu beaufsichtigen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten läge dagegen dann vor, wenn der Frachtführer, der thatsächlich den Markt beherrscht, dem Absender solche unbilligen Bedingungen zudiktirt, dessen Nothlage oder wirthschaftliche Abhängigkeit von ihm ausbeutet, um auf dessen Kosten sich zu bereichern (R.G.E. XX S. 117, B.G.B. § 138 Abs. 2). Vgl. übrigens § 471.

Nr. 11. 10. Das alte Recht (siehe oben bei Nr. 2) greift für alle vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Frachtverträge Platz.

Digitized by Google

§ 430.

Muß auf Grund des Frachtvertrags von dem Frachtführer für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung in dem Zeitpunkte hatte, in welchem die Ablieferung zu bewirken war; hiervon kommt in Abzug, was in Folge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht erspart ist.

Im Falle der Beschädigung ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswerthe des Gutes im beschädigten Zustand und dem gemeinen Handelswerth oder dem gemeinen Werthe zu ersetzen, welchen das Gut ohne die Beschädigung am Orte und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde; hiervon kommt in Abzug, was in Folge der Beschädigung an Zöllen und sonstigen Kosten erspart ist.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

Entw. I § 404, II § 421; Denkschr. I S. 259—261, II S. 3265; A. D. H. G. B. Art. 396, 397.

1. § 430 normirt die Höhe des vom Frachtführer zu leistenden Ersatzes, falls er auf Grund des Frachtvertrages in Gemäßheit des § 429 für Beschädigung und Verlust des Gutes aufzukommen hat. § 430 setzt somit einen Thatbestand des § 429 voraus, ist aber nicht auf alle Thatbestände des § 429 anwendbar, sondern nur auf die Fälle des Verlustes oder der Beschädigung des Gutes. Somit berechnet sich nach bürgerlichem Recht: Nr. 1.

a) die Höhe des vom Frachtführer bei Versäumung der Lieferfrist, ohne daß das Gut dadurch verloren oder beschädigt wird, zu ersetzenden Schadens,

b) die Höhe des vom Frachtführer bei Beschädigung oder Verlust des Gutes vor dessen Annahme oder nach dessen Ablieferung zu ersetzenden Schadens,

c) die Höhe des aus sonstigem, Ersatzpflicht begründenden Verhalten des Frachtführers erwachsenden Schadens.

In allen derartigen Fällen kommt insbesondere B. G. B. § 252 zur Anwendung. Aller aus dem schadenbringenden Ereigniß erwachsende Schade ist vom Frachtführer zu ersetzen. Bei ausbedungener Vertragsstrafe normiren B. G. B. §§ 339 ff. Auf Herabsetzung der Vertragsstrafe durch den Richter kann aber nur der Kleinfrachtführer hinwirken (H. G. B. §§ 348, 351). — Den Schaden hat der Absender, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger, beziehungsweise nach § 435 der Empfänger zu beweisen. Ueber die Höhe des Ersatzes können natürlich die Parteien vereinbaren. Ist die Höhe des Lieferungsinteresses deklarirt, so liegt darin nur Festsetzung des Höchstbetrages des Ersatzes (R. O. H. G. XI S. 229).

2. Liegt dagegen der vom § 429 behandelte Fall des Verlustes oder der Beschädigung des Frachtgutes vor, so ist vom Frachtführer der volle Schade nur dann zu ersetzen, wenn er durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers oder seiner Leute (§ 431) herbeigeführt war. Hierin liegt eine Erweiterung gegenüber dem älteren Recht, welches neben dolus nur den zweifelhaften Begriff der luxuria als Voraussetzung voller Schadensersatzpflicht hinstellte. Daß Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, hat der den Anspruch Erhebende zu beweisen (R. O. H. G. XIII S. 320, XXI S. 21, XXIII S. 310). Und zwar muß die Ursächlichkeit für den Verlust, beziehungsweise die Beschädigung dargethan werden; daß sie die alleinige Ursache bildeten, ist nicht nothwendig. Bei konkurrirendem Verschulden B. G. B. § 254. Nr. 2.

3. Ist weder dolus noch lata culpa des Frachtführers oder seiner Leute erwiesen, so hat der Frachtführer für Verlust und Beschädigung des Gutes, gleichgültig, worin das Verschulden des Frachtführers oder seiner Leute bestand — auch Versäumung der Nr. 3.

Digitized by Google

Lieferzeit kann den Grund für Verlust und Beschädigung abgeben — nicht das volle Interesse zu leisten, sondern:

a) Bei **gänzlichem** oder **theilweisem Verlust des Gutes**[1]) den gemeinen Handelswerth, den Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung in dem Zeitpunkt hatte, in dem die Ablieferung zu bewirken war, abzüglich dessen, was in Folge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht erspart ist. Hat das Gut keinen gemeinen Handelswerth, so tritt an dessen Stelle der gemeine Werth. Danach wird unterschieden zwischen Gut, das regelmäßig gehandelt wird (Prot. S. 5095) — auch ohne daß ein Markt- oder Börsenverkehr stattfindet — und Gut, das nicht Gegenstand des Handelsverkehrs ist. Bei jenem soll der gemeine Handelswerth, bei diesem der gemeine Werth maßgebend sein und zwar der am Ort der Ablieferung, nicht der Aufgabe oder des Versands maßgebende (dagegen § 457) und nur zur Zeit, wo die Ablieferung (nicht die Aufgabe) zu bewirken war, nicht wo sie wirklich erfolgte, gleichgültig, ob es zur Ablieferung gekommen ist oder nicht, ja ob das Gut den Ablieferungsort überhaupt erreicht hat oder nicht (O.L.G. Hamb. in Z. XL S. 540, 541). Der Ausdruck „gemeiner Handelswerth" und „Marktpreis" sind nicht ganz identisch; beim Marktpreis bedarf es des Abschlusses einer *größeren* Anzahl von Geschäften (siehe bei § 380 Nr. 4), während beim gemeinen Handelswerth davon abzusehen ist, es vielmehr genügt, daß die Waare zu denen gehört, die regelmäßig gehandelt werden (so auch Keyßner S. 447, 448, a. A. Goldschmidt Hdb. S. 582, 583 Anm. 14). — In beiden Fällen soll das an Kosten und Fracht durch den Verlust *Ersparte* vom Frachtführer abgezogen werden dürfen (also nur auf Antrag des Frachtführers, nicht von Amtswegen); denn im gemeinen Handelswerthe am Ablieferungsort werden diese Beträge mitenthalten sein, da der Absender ja darauf spekulirt, daß der Preis am Ablieferungsort ein höherer ist, als am Absendungsort (Schott S. 339, Eger I S. 336). Was an Kosten bereits entrichtet ist, kann natürlich nicht abgezogen werden. Was die *Fracht* betrifft, so kann der Frachtführer die volle Fracht bis zum Ablieferungs-, nicht bis zum Verlustort abziehen, soweit er sie noch nicht erhalten hat, gleichgültig, ob es gewöhnliche Fracht oder Eilfracht ist, gleichgültig, ob der Verlust durch Versäumung der Lieferfrist entstanden ist, denn der Absender bekommt ja den Verlust ersetzt (R.O.H.G. VIII S. 332, Prot. S. 4714 ff.). Die erhaltene Fracht (bei Frankatur) kann der Frachtführer behalten, braucht sie nicht zurückzuerstatten (Busch XXII S. 34).

Nr. 4. b) Bei **Beschädigung des Gutes** die Differenz zwischen dem gemeinen Handelswerth, den das *unbeschädigte* Gut am Ablieferungsort zur ordentlichen Ablieferungszeit gehabt haben würde, und dem wirklichen *Verkaufswerth*, den es nun hat. Das Gesetz wendet hier die Bezeichnung „Verkaufswerth" an, da beschädigtes Gut gewöhnlich nicht mehr gehandelt werden wird. Daß wirklich ein Verkauf des beschädigten Gutes stattfindet, ist nicht nothwendig (Thöl III S. 45, Eger I S. 340); die Differenz kann auch anders ermittelt werden, insbesondere durch Vernehmung von Sachverständigen. Findet ein Verkauf statt, so sind die Verkaufskosten abzuziehen und ist nur die Differenz zwischen dem Nettoerlöse und dem Handelswerth unbeschädigten Gutes zu berücksichtigen (Busch XXIII S. 50). Dagegen besteht kein Anspruch des Absenders beziehungsweise Empfängers darauf, daß der Frachtführer das beschädigte Gut selbst übernimmt und ihm den Gesammtpreis zahlt, das sogen. *Abandonsystem* ist nicht anerkannt, das beschädigte Gut darf nicht zurückgewiesen, muß vielmehr abgenommen werden (vgl. in dieser Beziehung § 438), der Beschädigte hat nur Anspruch auf Ersatz (R.O.H.G. XI S. 294, XIII S. 416, R.G. in Eisenbahnrechtliche Entscheidungen I S. 341), es sei denn, daß der Frachtführer sich selbst dazu bereit erklärt, es gegen Zahlung des Gesammtwerthes zu behalten, doch hat auch der Frachtführer darauf nicht ein Recht (R.O.H.G. XV S. 374). — Ist der Verkaufswerth des beschädigten Gutes am Verkaufstage durch günstige Konjunkturen so hoch, daß er den gemeinen Handelswerth un-

[1]) Theilweiser Verlust ist etwas anderes als Beschädigung; bei jenem geht von einer theilbaren Sendung ein Theil verloren, bei dieser leidet die untheilbare Sendung Schaden. Wann Theilbarkeit, wann Untheilbarkeit vorliegt, ist aus der Natur der Sache und den Beredungen der Parteien zu entnehmen (vgl. dazu *Friedrichs* im Archiv f. d. R. IX S. 131). — Gänzlicher Verlust kann auch vorliegen, wenn von mehreren in einem Frachtbriefe verzeichneten Stücken eines verloren geht, sofern es sich in Wahrheit um mehrere Sendungen handelt (R.O.H.G. XV S. 143).

Digitized by Google

beschädigten Gutes erreicht oder gar übersteigt, so braucht der Frachtführer nichts zu ersetzen (Eger I S. 342).

Ist nur ein Theil des Gutes beschädigt, ein anderer unversehrt, so ist nur die Differenz hinsichtlich des beschädigten Theiles zu ersetzen. Doch kann auch der unbeschädigte Theil dadurch entwerthet sein, insbesondere wenn die ganze Sendung sich als ein untrennbares Ganze erweist. Vgl. in dieser Beziehung das bei § 377 Nr. 19 Bemerkte. Daß dies der Fall ist, hat im Zweifel der Beschädigte darzulegen (R.O.H.G. XV S. 374, 375, XVI S. 44, R.G.E. XV S. 134).

Im Uebrigen gilt hinsichtlich der Abzüge an ersparten Kosten ꝛc. dasselbe wie zu a.

c) Die obigen Beträge hat das Gesetz für alle Fälle — von Parteiberedungen abgesehen — als die maßgebenden (fixen) hingestellt. Der Frachtführer kann sich somit nicht darauf berufen, daß in Wahrheit der Schade des Absenders geringer war (R.O.G.G. XIII S. 394 ff.), daß dieser z. B. das Gut unter dem gemeinen Handelswerth vorher verkauft hatte, oder daß dieser überhaupt keinen Schaden hätte, sondern ein Dritter (O.L.G. Hamb. in Z. XL S. 538), oder daß der Empfänger sich das Gut unter dem Marktpreis verschaffen konnte (R.O.H.G. II S. 360), oder daß der Empfänger das Gut nachträglich mit Gewinn verkaufte. Die Entsch. des R.G. I S. 2 bezieht sich nicht auf diesen Fall, sondern auf eine Klage wegen Rückerstattung von Zoll. Nr. 5.

d) Den Beweis des gemeinen Handelswerthes am Ablieferungsort, beziehungsweise bei Beschädigungen auch des Verkaufswerthes hat der Absender beziehungsweise Empfänger zu führen. Das Gleiche gilt hinsichtlich des gemeinen Werthes bei Nichthandelsgut. Nr. 6.

e) Die Parteien können durch Vereinbarung die Höhe des Schadensbetrages festsetzen. Die Deklaration des Gutes würde im Zweifel solche Festsetzung noch nicht sein, vielmehr würde sie nur das Maximum des zu ersetzenden Betrages darstellen (Eger I S. 331, Friedrichs im Archiv f. d. R. IX S. 127). Der Ersatzberechtigte müßte aber trotzdem den Beweis in Gemäßheit des Obigen führen (R.O.H.G. XI S. 424). Nr. 7.

Ist das Lieferungsinteresse deklarirt, so liegt darin noch nicht Deklaration des Werthes des Gutes. Würde also das Gut in Folge der Verspätung verloren gegangen sein, so wäre die Deklaration für den Schadensbetrag nicht maßgebend (R.O.H.G. XVII S. 128). Vgl. auch § 463 Abs. 1.

Umgekehrt ist die Festsetzung eines Normalsatzes seitens des Frachtführers im Zweifel ebenfalls nur Festsetzung des Maximum des zu ersetzenden Betrages. Vgl. §§ 461. 462, Eger I S. 338.

4. Die **sachenrechtlichen** Verhältnisse zum Gute werden durch Zahlung und Annahme der Entschädigungssumme an sich nicht geändert. Insbesondere erlangt der Frachtführer damit nicht ohne Weiteres das Eigenthum am verloren gegangenen Gut. Findet sich dieses nachträglich wieder, so bleiben dem Absender beziehungsweise Empfänger ihre Ansprüche und es kann sich nur darum handeln, wieweit sie zur Rückerstattung der erhaltenen Beträge verpflichtet sind (a. A. Schott S. 345). Wohl aber hat der Frachtführer das Recht auf Abtretung der Ansprüche des Entschädigten aus seinem Eigenthum oder sonstigem Recht an der verlorenen Sache nach B.G.B. § 255 und würde mit der Abtretung des Anspruches aus dem Eigenthum das Eigenthum der verlorenen Sache selbst erwerben (B.G.B. § 931). Hinsichtlich der Bahnen bei §§ 457, 465. Nr. 8.

5. Das **alte** Recht (Art. 396, 397) stimmte nicht ganz überein. Es wich in folgenden zwei Punkten ab: Nr. 9.

a) Es ließ Ersatz des vollen Schadens fordern nur bei böslicher Handlungsweise des Frachtführers, also nur im Falle des dolus und der luxuria (Art. 396 Abs. 5).

b) Es gewährte dem Absender, falls der Verlust oder die Beschädigung des Gutes die Folge der Versäumung der Lieferfrist war, die Wahl, ob er auf Grund des receptum den gemeinen Handelswerth oder auf Grund der Versäumung der Lieferfrist das volle Interesse beanspruchen wollte; im ersteren Falle brauchte er nur die Thatsache des Verlustes oder der Beschädigung, im letzteren mußte er den Kausalzusammenhang zwischen Versäumung der Lieferfrist und Beschädigung nachweisen; im ersteren Falle befreite den Frachtführer von der Haftung nur der Nachweis, daß eine der in Art. 395 angegebenen, liberirenden Thatsachen vorläge, im letzteren Falle befreite ihn jeder Exkulpationsbeweis.

Das alte Recht beherrscht die vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Frachtverträge.

Digitized by Google

§ 431.

Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

Entw. I § 405, II § 423; Denkschr. I S. 261, II S. 3265; A. D. HGB. Art. 400.

Nr. 1. 1. Nach B.G.B. § 278 hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Danach haftet der Frachtführer, insoweit er sich zur Erfüllung der Ausführung des Transportes eines Gehülfen bedient, ebenso für dessen Verschulden, wie wenn er den Transport selbst ausführt; er haftet also nicht bloß für culpa in eligendo und custodiendo, sondern für jedes Verschulden seines Gehülfen und muß den Exkulpationsbeweis auch hinsichtlich seines Gehülfen führen (R.O.H.G. IX S. 90). Hat er seine Haftung durch Vertrag eingeschränkt, so gilt dies auch hinsichtlich des Gehülfen.

Nr. 2. 2. Darüber hinaus läßt § 431 den Frachtführer — soweit er nach Handelsrecht haftet — nicht bloß für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung der Transportausführung, sondern überhaupt für das Verschulden aller Personen, deren er sich bei Ausführung des Transportes bedient, so haften, wie er selbst haftet. Nothwendig ist:

a) Daß der Frachtführer sich dieser Personen bediente, d. h. daß diese Personen in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen handelten. Aber auch wenn ein Gehülfe seinen Dienstkreis überschreitet und eigenmächtig Handlungen vornimmt, z. B. ein zur kaufmännischen Thätigkeit der Abstempelung von Frachtbriefen angestellter Gehülfe eigenmächtig die Verladung vornimmt, würde doch der Frachtführer haften (vgl. Schott S. 362, R.G.E. VII S. 127). § 431 unterscheidet „Leute" des Frachtführers, d. h. von ihm in seinem Transportgewerbe Angestellte, auch wenn sie nicht den Transport direkt besorgen, sondern nur unmittelbare Hilfsthätigkeiten vornehmen, z. B. Auf- und Ablader, Bahnwärter, Wagenputzer u. dgl. (R.G. VII S. 127)[1]) und sonstige Personen, deren er sich bedient, die er also besonders dazu in eigenem Namen anwirbt, z. B. Unterfrachtführer (Cosack S. 440).

b) Daß der Frachtführer als solcher sich dieser Personen bediente. Soweit der Frachtführer als Verwahrer, Kommissionär u. s. w. handelt, gilt bürgerliches Recht.

c) Daß er sich bei Ausführung des Transportes ihrer bediente, d. h. daß er nicht gerade zur Erfüllung des Transportes, aber doch in Anlaß des Transportes sich ihrer bediente, sei es, daß sie den Beginn des Transportes vorbereiten oder dessen Ausführung unterstützen sollen. Dagegen fällt an sich nicht darunter der zweite Frachtführer, an den der erste Frachtführer befugter Weise das Gut abgiebt (§ 432); er tritt in direktes Verhältniß zum Absender (§ 432 Abs. 2).

d) Daß diese Personen in dieser ihrer Eigenschaft die schadenbringende Handlung schuldhaft verübt haben. (Vgl. dazu Cosack S. 439.)

e) Daß die schadenbringende Handlung unter § 429 fällt. (Vgl. R.O.H.G. XII S. 119.) In allen übrigen Fällen gilt bürgerliches Recht.

f) Ob die Wirkungen der direkten Stellvertretung bei Rechtsgeschäften eintreten, regelt sich rein nach bürgerlichem Recht, § 431 hat hiermit nichts zu thun.

Nr. 3. 3. Ein Verschulden der Gehülfen ist abweichend vom älteren Recht (Art. 400) erfordert.

Nr. 4. 4. Unter diesen Voraussetzungen gilt das Verschulden der Gehülfen als eigenes Verschulden des Frachtführers, dieser hat principaliter dafür einzustehen. Er haftet in allen Beziehungen so wie für eigenes Verschulden, so würde Vorsatz seiner Leute die kurze Verjährung des § 439 ausschließen. (Vgl. § 414 Nr. 13, R.G. in Eisenbahnrechtlichen Entsch. II S. 354.) Wieweit er den Rückgriff gegen den Gehülfen hat, bestimmt sich nach Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (Eger I S. 444), ebenso wieweit der Gehülfe dem Absender beziehungsweise Empfänger haftet. Denn er erscheint nicht als Frachtführer, untersteht also nicht den Vorschriften dieses Abschnittes (Cosack S. 439, Eger I S. 442, Busch II S. 189).

---

[1]) Bloße Buchhalter, Kassirer, Bahnrestaurateure, Fabrikarbeiter einer Bahn gehören nicht hierher (Eger I S. 428). Angestellte Rollfuhrleute der Bahn werden von der E.Verkehrsordnung § 60 Abs. 3 für Leute erklärt.

Digitized by Google

5. Durch Vertrag mit dem Absender kann er die Haftung einschränken oder ausschließen. Darüber bei § 429 Nr. 10. Nr. 5.

6. Das alte Recht (Art. 400) dehnte die Haftung für die Gehülfen soweit aus, wie für das receptum. Das hat für alle vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Frachtverträge zu gelten. Nr. 6.

§ 432.

Uebergiebt der Frachtführer zur Ausführung der von ihm übernommenen Beförderung das Gut einem anderen Frachtführer, so haftet er für die Ausführung der Beförderung bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger.

Der nachfolgende Frachtführer tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, diesem gemäß in den Frachtvertrag ein und übernimmt die selbständige Verpflichtung, die Beförderung nach dem Inhalte des Frachtbriefs auszuführen.

Hat auf Grund dieser Vorschriften einer der betheiligten Frachtführer Schadensersatz geleistet, so steht ihm der Rückgriff gegen denjenigen zu, welcher den Schaden verschuldet hat. Kann dieser nicht ermittelt werden, so haben die betheiligten Frachtführer den Schaden nach dem Verhältniß ihrer Antheile an der Fracht gemeinsam zu tragen, soweit nicht festgestellt wird, daß der Schaden nicht auf ihrer Beförderungsstrecke entstanden ist.

Entw. I § 406, II § 424; Denkschr. I S. 262, II S. 3265; A. D. H.G.B. Art. 401.

Litteratur: Schott S. 435ff., Goldschmidt, System § 123.

1. § 432 **Abs. 1** besagt nichts Besonderes. Der Inhalt ergiebt sich schon aus § 431. Nr. 1.

2. § 432 **Abs. 2, 3** beschäftigen sich mit der Haftung der sogen. **Sammtfrachtführer**, eine Bezeichnung, die von Schott S. 438 angewendet wird und die der des Unterfrachtführers oder Zwischenfrachtführers vorzuziehen ist. Nr. 2.

Der **Sammtfrachtführer** ist zu scheiden einmal vom **Unterfrachtführer**, sodann vom **Theilfrachtführer**. **Unterfrachtführer** ist lediglich ein Gehülfe des Hauptfrachtführers, freilich nicht ein dauernd in dessen Frachtgewerbe, also unselbständig Angestellter, sondern eine besonders zur Ausführung des vom Hauptfrachtführer übernommenen Transportes gedungene selbständige Person, mit der der Hauptfrachtführer in eigenem Namen, also als Absender den Frachtvertrag abschließt. Für den Unterfrachtführer haftet der Hauptfrachtführer dem Absender gemäß § 431 und § 432 Abs. 1. Der Unterfrachtführer tritt zum eigentlichen Absender überhaupt in kein vertragliches Verhältniß, er kontrahirt lediglich mit dem Hauptfrachtführer. Gleichgültig ist für den Begriff des Unterfrachtführers, ob ein Frachtbrief ausgestellt ist oder nicht.[1])

Theilfrachtführer ist dagegen umgekehrt ein ganz und gar separat auftretender zweiter Frachtführer, der einen eigenen Frachtvertrag mit dem Absender abschließt. Er setzt den Transport des ersten Frachtführers auf Grund eines neuen Frachtvertrages, der einen neuen Frachtbrief mit sich bringt, mit dem Absender fort; nur die äußere Thätigkeit hat einen kontinuirlichen Zusammenhang mit der Thätigkeit des ersten Frachtführers. Innerlich steht er zum ersten Frachtführer in keinerlei Abhängigkeitsverhältniß. Weder haftet er für die Transporthandlung des ersten Frachtführers noch dieser für seine Transportthätigkeit. Jeder hat für seine Strecke gesonderte Verantwortlichkeit. Hatte der erste Frachtführer es übernommen, die Auswahl des zweiten zu treffen, also entweder im Namen des Absenders oder doch für Rechnung des Ab-

[1]) Gleichgültig ist auch, ob der Unterfrachtführer dasselbe Transportmittel oder ein anderes, als der Hauptfrachtführer benutzt (Fuhrmann gegenüber Eisenbahn u. s. w. R.O.H.G. VII S. 100, Eisenbahn gegenüber Packetbeförderungsgesellschaft R.O.H.G. IX S. 90).

Digitized by Google

senders mit dem zweiten Frachtführer zu kontrahieren, so haftet er für culpa in eligendo, nicht weitergehend. § 431 trifft auf diesen Fall nicht zu. Denn es handelt sich nicht um eine Person, deren sich der erste Frachtführer bei der Ausführung der Beförderung bedient. Die Beförderung hatte der erste Frachtführer nur für seine Theilstrecke übernommen; die zweite Theilstrecke fällt in den Bereich der Thätigkeit des zweiten Frachtführers, also außerhalb der Beförderungsthätigkeit des ersten Frachtführers. Bezüglich der Pfandrechte bei § 441.

Der **Sammtfrachtführer** steht dem Unterfrachtführer nahe. Denn wie der Unterfrachtführer übernimmt er die Beförderung für eine Strecke, die in die Obliegenheit des ersten Frachtführers fällt. Für den Begriff des Sammtfrachtführers ist also wesentlich, daß der erste Frachtführer die Beförderung für diejenige Strecke übernommen hatte, hinsichtlich deren der Sammtfrachtführer eintritt. Daß dies die gesammte Transportstrecke ist, setzt § 432 als das Regelmäßige voraus; doch ist nicht ausgeschlossen, daß Sammtfrachtführer für eine Theilstrecke auftreten (Eger II S. 7). Vom gewöhnlichen Unterfrachtführer unterscheidet sich aber der Sammtfrachtführer dadurch, daß er in ein direktes Verhältniß zum Absender tritt. Dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, tritt er in Gemäßheit des Frachtbriefes in den Frachtvertrag ein. Voraussetzung dieser gesetzlichen Gesammtschuld[1]) ist, daß der Sammtfrachtführer das Gut und den ursprünglichen Frachtbrief annimmt. Somit ergiebt sich, daß der Begriff des Sammtfrachtführers voraussetzt Ausstellung eines Frachtbriefes vom Absender gegenüber dem ersten Frachtführer. Der erste Frachtführer muß einen Frachtbrief vom Absender erhalten haben, und zwar einen Frachtbrief für die ganze Strecke, nicht bloß für die Strecke, auf der er selbst thatsächlich transportirt, einen „durchgehenden" Frachtbrief oder Sammtfrachtbrief (Schott S. 438, R.G.E. XVIII S. 170). Durch Annahme des Gutes und des durchgehenden Frachtbriefes tritt der zweite, dritte u. s. f. Frachtführer als Gesammtschuldner gemäß dem Frachtbriefe in den Frachtvertrag ein und übernimmt die selbständige Verpflichtung gegenüber dem Absender, beziehungsweise Empfänger, die Beförderung nach dem Inhalt des Frachtbriefes auszuführen. Gleichgültig ist, ob der Absender von dem Eintritt weiß oder nicht, einer Denuntiation an ihn bedarf es nicht; gleichgültig, ob der zweite Frachtführer in Person oder durch Unterfrachtführer die Beförderung ausführt.

Nr. 3. Der Absender hat in Folge dessen eine ganze Anzahl von Gesammtschuldnern vor sich, den ersten Frachtführer und die sämmtlichen folgenden, durch Annahme von Gut und Frachtbrief eingetretenen Frachtführer. Auch der erste Frachtführer ist im Grunde Sammtfrachtführer. Indessen ist zu beachten, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem ersten Frachtführer und den folgenden Frachtführern besteht. Der erste Frachtführer haftet aus dem Frachtvertrag; der Frachtbrief als bloße Beweisurkunde (siehe oben § 426 Nr. 4) hat für den Umfang seiner Haftung keinerlei materiellrechtliche Bedeutung. Anspruch und Einreden gehen auf den Frachtvertrag und nur auf diesen zurück. Anders mit den folgenden Sammtfrachtführern. Diese treten in den Frachtvertrag nur in Gemäßheit des Frachtbriefes ein, sie übernehmen die Verpflichtung, nur „nach dem Inhalt des Frachtbriefes" die Beförderung auszuführen. Der Frachtbrief, und zwar so wie er lautet, als sie ihn annahmen, ist maßgebend für Umfang und Inhalt ihrer Verpflichtung, die außerhalb des Frachtbriefes getroffenen Vereinbarungen zwischen erstem Frachtführer und Absender gehen sie nichts an, selbst wenn sie ihnen bekannt sind, weder können sie Rechte daraus herleiten, noch können gegen sie Ansprüche daraus erhoben werden; nur auf Grund selbständigen Rechtstitels (z. B. Cession, Schuldübernahme) würden sie auch an ihnen theilnehmen. Der Frachtbrief hat also für sie die Bedeutung einer Scripturobligation (R.O.H.G. XI S. 209). Im Einzelnen gilt:

Nr. 4. a) Der erste Frachtführer muß selbst die Beförderung für die **ganze** Strecke, auf die sich die Sammthaftung bezieht, übernommen haben. Hat er nur für einen Theil die Beförderung übernommen und setzt der zweite Frachtführer für einen anderen Theil den Transport fort, so greift dieser § nicht Platz (Eger II S. 34 ff.). Der Frachtbrief liefert Beweis dafür, daß bis zu dem dort bezeichneten Ablieferungsort der Transport übernommen ist.

---

[1]) Daß auch außerdem durch Vertrag ohne jene Voraussetzungen eine Gesammtschuld begründet werden kann, hebt mit Recht Schott S. 440 hervor.

Digitized by Google

b) Der folgende Frachtführer muß das **Gut und den ursprünglichen Frachtbrief** vom Vorgänger angenommen haben. Die bloße Annahme des Gutes genügt ebensowenig als die bloße Annahme des Frachtbriefes. Und zwar muß die Annahme vorbehaltlos erfolgen. Doch sind Einschränkungen und Vorbehalte nur dann von Bedeutung, wenn sie gegenüber dem Absender erfolgen. Bloße interne Vereinbarungen zwischen dem zweiten und ersten Frachtführer gehen den Absender nichts an, sie haben hinsichtlich des Rückgriffs Bedeutung, aber nicht hinsichtlich der Sammthaftung gegenüber Absender und Empfänger. Ja es genügt sogar nicht einmal eine vom Frachtbrief abweichende Bestimmung des Tarifs des zweiten Frachtführers; der zweite Frachtführer kann sich auf solche nicht berufen, er hätte dann den Frachtbrief nicht annehmen (R.O.H.G. XXI S. 58 ff.) oder er hätte die Bestimmung in den Frachtbrief aufnehmen lassen sollen (R.O.H.G. III S. 62, 63).[1] Nr. 5.

c) Der **ursprüngliche** Frachtbrief muß angenommen sein. Wird ein neuer Frachtbrief gegenüber einem Nachmann ausgestellt, so tritt nicht Sammthaftung ein, selbst wenn dieser auf den ursprünglichen Frachtbrief in Einzelheiten, z. B. für die Bezeichnung des Frachtgutes, Bezug nimmt (R.O.H.G. VII S. 218). Doch würde die Anfertigung einer Abschrift nicht Ausstellung eines neuen Frachtbriefes sein (Keyßner S. 454, Eger II S. 45). Wie ist es bei Abänderungen des ursprünglichen Frachtbriefes? Erfolgen diese durch Vereinbarungen mit dem Absender, so liegt ein neuer Frachtbrief vor; der neue Frachtbrief muß somit die ganze Kette durchlaufen, soll durch seine Annahme die Haftung aus § 432 begründet sein (Eger II S. 42).[2] Erfolgen sie eigenmächtig durch einen der Sammtfrachtführer und gewinnt dadurch der Frachtbrief ein neues Aussehen, so tritt für die Nachmänner, die auf Grund des abgeänderten Frachtbriefes eintreten, die Haftung aus § 432 nicht ein, es ist nicht der ursprüngliche Frachtbrief (vgl. Schott S. 440). Anders, wenn es sich um bloße Privatvermerke eines Vormannes handelt, bei denen der Nachmann den ursprünglichen Frachtbrief deutlich übersah, sie haben keinen Einfluß auf die Sammthaftung (z. B. Berichtigungen der Gewichtsangabe R.O.H.G. XI S. 212). Nr. 6.

d) **Die Sammthaftung bedeutet, daß jeder der Sammtfrachtführer so haftet, als ob er die Beförderung selbst für die ganze Sammthaftstrecke nach dem Inhalt des Frachtbriefes ausgeführt hätte.** Er trägt also nicht bloß die Verantwortung für seine Strecke, sondern auch für die seiner Vormänner und seiner Nachmänner und zwar haftet er für jedes Verschulden von diesen, gleichgültig, worauf es sich bezieht, so als ob es sein eigenes Verschulden wäre, vorausgesetzt, daß es sich um einen Verstoß gegen den Inhalt des Frachtbriefes handelt. § 432 Abs. 2 ist also im Gegensatz zu § 431 und § 432 Abs. 1 nicht bloß auf unter § 429 fallende schadenbringende Handlungen beschränkt, sondern bezieht sich auf alle Vertragsverletzungen, die wider den Frachtbrief verstoßen. Der erste Frachtführer haftet sogar noch weitergehend, wie oben berührt ist; er haftet für alle Verletzungen des Frachtvertrages überhaupt, auch wenn sie nicht wider den Inhalt des Frachtbriefes verstoßen; aber hinsichtlich dieser weitergehenden Verpflichtungen findet kein Eintritt des zweiten Frachtführers statt, und eine Haftung des ersten Frachtführers für den zweiten ist hier nur nach Maßgabe des § 431, beziehungsweise des bürgerlichen Rechts Platz greifend. (Vgl. Eger II S. 25.) Nr. 7.

e) Hinsichtlich der Sammthaftung greifen die Grundsätze des B.G.B. §§ 421 ff. Platz. Jeder haftet nicht bloß für seine Strecke, sondern auch für die seiner sämmtlichen Vor- und Nachmänner, er kann nur solche Einwendungen vorbringen, die er hätte, wenn er selbst den ganzen Transport ausgeführt hätte.[3] Verschulden der anderen Nr. 8.

---

[1] In den Frachtbrief kann eine Bezugnahme auf die verschiedenen Reglements der auf einander folgenden Frachtführer aufgenommen werden; dann ist die Haftung für die einzelnen Theilstrecken möglicherweise eine verschiedene (R.O.H.G. XXI S. 59, Schott S. 441).

[2] Würde die Abänderung bloß eine Erleichterung der Haftung bezwecken, so könnte solche aus B.G.B. § 425 Abs. 1 möglicherweise auch den Vormännern zu Gute kommen.

[3] Wie ist es, wenn es sich um Eisenbahntransport handelt und der nicht amtlich bestellte Rollkutscher das Frachtgut dem Empfänger von dem Bahnhof in das Haus führt und hierbei der Schade passirt? Der Rollkutscher haftet, wenn die Ausführung dieses letzten Transportes ein Theil des mit der Eisenbahn abgeschlossenen Frachtvertrages ist, nach den Grundsätzen vom Eisenbahnfrachtgeschäft, z. B. hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzes (Wolff in Busch XX S. 405, vgl. Busch XV S. 59, R.O.H.G. VII S. 103, VIII S. 24).

Digitized by Google

Sammtfrachtführer gilt als eigenes Verschulden, mag er auch noch so vorsichtig in der Auswahl gewesen sein. Der Absender hat es in der Hand, zu belangen, wen er von den mehreren Sammtfrachtführern belangen will, keiner hat die exceptio divisionis oder excussionis (vgl. jedoch § 469). Der Absender braucht nicht zu beweisen, daß der Schade gerade auf der Strecke des Beklagten passirt ist (Eger II S. 57). Keiner kann sich darauf berufen, daß er den Frachtbrief nicht ordentlich studirt habe (Busch XXVII S. 175). Jeder hat nur die Einreden aus der eigenen Person oder aus B.G.B. §§ 422 ff. Die Verjährung läuft gegen Jeden besonders (B.G.B. § 425 Abs. 2). — Doch bezieht sich die Sammthaftung nur auf Handlungen der Transportausführung, nicht auf solche, die vor Beginn und nach Ende des Transportes fallen (Eger II S. 50, auch Busch XVI S. 280).

Nr. 9. f) **Nach Innen** hat der den Schadensersatz wirklich Leistende ipso jure, ohne daß es einer Abtretung durch den Absender, beziehungsweise Empfänger bedarf, den Rückgriff gegen den oder die von den Sammtfrachtführern, die den Schaden selbst oder durch ihre Leute (§ 431) verschuldet haben, wobei es genügen wird, daß er nachweist, der Schade sei auf dessen Strecke entstanden; dieser hat dann den Exkulpationsbeweis zu führen. Läßt sich der Schuldige nicht auffinden, so greift nicht, wie in B.G.B. § 426 Abs. 1, die Verpflichtung, zu gleichen Theilen beizutragen, Platz, sondern es entscheidet der Antheil an der Fracht (und zwar der reinen Fracht, Eger, Internat. Uebereinkommen S. 731) für die Ausgleichungspflicht. Der den Ersatz Leistende hat also kraft Gesetzes gegen jeden der Sammtfrachtführer nach dessen Antheil an der Fracht Anspruch auf Ersatz (B.G.B. § 426 Abs. 2). Kann von einem der Sammtfrachtführer der auf ihn fallende Betrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen nach dem Antheil an der Fracht zu tragen (B.G.B. § 426 Abs. 1 Satz 2). Gänzlich befreit sind jedoch die, die feststellen können, daß der Schade nicht auf ihrer Beförderungsstrecke enstanden ist;[1]) steht also notorisch fest, daß der Schade nur auf der Beförderungsstrecke eines der Frachtführer geschehen ist, so hat dieser nach Innen den ganzen Schaden zu tragen; doch gilt dies, wie gesagt nur dann, wenn kein wirklich Schuldiger sich ermitteln läßt. Würde also nachträglich sich herausstellen, daß zwar der Schade nur auf der Beförderungsstrecke des A passirt ist, daß aber B durch ein Versehen, z. B. schlechte Verladung, den Schaden verursacht hätte, so hätte A nachträglich Regreß gegen B. Natürlich sind Vereinbarungen unter den Sammtfrachtführern über die Ausgleichungspflicht von Wirksamkeit, soweit sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

Nr. 10. g) Nicht zu den Sammtfrachtführern zählen die Personen, an die der Frachtführer nach Erledigung seines Transportes das Gut übergiebt, so wenn die Transportirung nicht bis zum Hause des Empfängers, sondern nur bis zum Bahnhof oder einem anderen Orte übernommen ist, die vom Empfänger zur Abholung beauftragten Fuhrleute oder die vom Frachtführer selbst in Wahrnehmung der Interessen des Empfängers erwählten Spediteure oder Rollfuhrleute. Hinsichtlich der ersteren haftet der Frachtführer überhaupt nicht, hinsichtlich der letzteren nur für culpa in eligendo (Eger II S. 19). Das gilt auch dann, wenn der Frachtvertrag solche Uebergabe vorgesehen hatte, für den Fall, daß der Empfänger nicht binnen bestimmter Zeit selbst abholte. Darin liegt noch nicht die Uebernahme der Transportirung bis zum Hause des Empfängers, als Ablieferungsort erscheint vielmehr auch dann der Bahnhof. Der Absender ermächtigt vielmehr den Frachtführer, an den von ihm bestellten Rollfuhrmann das Gut abzuliefern (R.O.H.G. VIII S. 24—26). Doch hat die Verkehrsordnung § 68 Abs. 3 die von der Eisenbahn generaliter bestellten Rollfuhrunternehmer direkt für Leute der Eisenbahn erklärt. Für sie greift also nicht § 432, wohl aber § 431 Platz. Bei spezieller Bestellung würde es quaestio facti sein, ob nach dem Inhalt des Frachtvertrages der Rollfuhrmann Sammtfrachtführer oder nur vom Frachtführer nach Beendigung des Transportes Beauftragter ist (Eger II S. 22, 23). Siehe oben S. 333 Anm. 3, Schott S. 443 ff.

Nr. 11. h) Vereinbarungen zwischen dem ersten Frachtführer und dem Absender können die Sammthaftung der folgenden Frachtführer ausschließen oder beschränken. Nur für die Eisenbahnen gelten besondere Bestimmungen (vgl. §§ 471, 469).

---

[1]) Würde also der erste Frachtführer überhaupt den Transport auf keiner Strecke besorgt, sondern sofort Gut und Frachtbrief an den ersten Sammtfrachtführer übergeben haben — vgl. v. Hahn zu Art. 401 § 3 Anm. 3 —, so wäre er gar nicht beitragspflichtig.

Digitized by Google

3. Das **ältere** Recht stimmte im Ganzen überein. Nur überließ es die Regelung des Rückgriffs dem bürgerlichen Recht. Ueber die Fragen der Anwendbarkeit älteren und jüngeren Rechts auf die Rückgriffsfragen K. Lehmann in Z. XLVIII S. 103, 104. Nr. 12.

§ 433.

Der Absender kann den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger auszuliefern. Die Mehrkosten, die durch eine solche Verfügung entstehen, sind dem Frachtführer zu erstatten.

Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, wenn nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder von dem Empfänger Klage gemäß § 435 gegen den Frachtführer erhoben wird. Der Frachtführer hat in einem solchen Falle nur die Anweisungen des Empfängers zu beachten; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem Empfänger für das Gut verhaftet.

Entw. I § 407, II § 425; Denkschr. I S. 262, II S. 3265, 3266; A. D. H.G.B. Art. 402, 405.

I. **Absatz 1.** Kontrahenten des Frachtvertrages sind der Absender einerseits, der Frachtführer andererseits. Der Frachtführer übernimmt dem Absender gegenüber die Beförderung des Gutes an den Empfänger. Der Empfänger ist nicht am Vertragsschluß betheiligt, er erwirbt nicht als Kontrahent des Frachtvertrages Rechte gegen den Frachtführer. Die Rechte, die dem Empfänger gegen den Frachtführer zustehen, können auf einem besonderen, von ihm mit dem Frachtführer abgeschlossenen Vertrage (z. B. vorher ertheilten Auftrage oder abgeschlossenen Verwahrungsvertrage), sie können auf einem sachenrechtlichen Verhältniß zum Frachtgut (z. B. Eigenthum am Frachtgut), sie können auf Cession des Absenders und sie können endlich auf besonderer gesetzlicher Vorschrift beruhen. Mit der letzten Kategorie von Rechten werden wir uns in der Folge genauer zu befassen haben. Der § 433 Abs. 1 gedenkt ihrer zunächst nicht. Er proklamirt nur die sich aus dem Wesen des Frachtvertrages zunächst ergebende Regel, daß der Absender die Verfügungsbefugniß über das Frachtgut hat. Nr. 1.

Der Frachtvertrag ist, wie bemerkt wurde, ein Werkvertrag. Das vom Frachtführer zu leistende opus besteht nicht in einer Be- oder Verarbeitung, sondern in der Transportirung des Gutes. Wie jeder Werkvertrag, ist der Frachtvertrag bis zur Vollendung des Transportes jederzeit vom Besteller, also dem Absender, kündbar (B.G.B. § 649). Daraus ergiebt sich ohne Weiteres die Folge, daß der Absender den Frachtführer anweisen kann, den Transport zu sistiren — sei es vorübergehend, sei es dauernd, und letzterenfalls, ihm das Frachtgut zurückzugeben. Zur Rückgabe ist der Frachtführer verpflichtet, soweit ihm nicht ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht am Gute zusteht, denn ihm ist ja kein dingliches oder obligatorisches Nutzungsrecht am Gute eingeräumt, er soll lediglich das Gut befördern. Er hat auch kein Recht, auf Ausführung des Transports zu bestehen, sondern er hat nur das Recht auf das zugesagte Aequivalent (R.O.H.G. VI S. 275). Aber der Absender hat auch das Recht, den Frachtführer anzuweisen, das Gut an einen anderen, als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger auszuhändigen. Denn da der Empfänger an sich zunächst kein selbständiges Recht aus dem Frachtvertrag gegen den Frachtführer erwirbt, da andererseits der Frachtführer nicht Vertreter des Empfängers ist, noch sonst ein rechtliches Interesse daran hat, gerade diesem Empfänger das Gut auszuhändigen, da er vielmehr das Werk der Beförderung gegenüber dem Absender übernommen hat, so ist der Frachtführer — soweit das übernommene opus nicht durch die Anweisung einen anderen Inhalt erhält — gehalten, der Anweisung des Absenders Folge zu leisten. Ihm kann es gleichgültig sein, ob er dem A oder B das Gut aushändigen soll, sofern seine rechtliche Lage da- Nr. 2.

Digitized by Google

durch sich nicht verschlechtert.[1]) Das Gleiche gilt von sonstigen Anweisungen des Absenders, soweit sie nicht die Lage des Frachtführers verschlechtern (Prot. S. 5043), z. B. der Anweisung, das Gut dem Empfänger nur unter besonderen Bedingungen herauszugeben (Eger II S. 71), oder der Anweisung, das Gut in gewisser Weise zu behandeln (Keyßner S. 455 Nr. 1).[2])

Im Einzelnen gilt:

Nr. 3. a) Die Vorschrift des Abs. 1 ist keine zwingende, sondern nur eine dispositive. Der Absender kann auf das freie Verfügungsrecht dem Frachtführer gegenüber verzichten. Dies ist der Fall, wenn er sich vom Frachtführer einen Ladeschein ausstellen läßt. Solchenfalls braucht der Frachtführer der Anweisung des Absenders, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen, als den durch den Ladeschein legitimirten Empfänger auszuliefern, nur gegen Rückgabe des Ladescheins Folge zu leisten (§ 447 Abs. 3), ja er darf es sogar nur. Aber auch ohne Ausstellung eines Ladescheins kann durch Vereinbarung zwischen Absender und Frachtführer die Pflicht des Frachtführers, den Anweisungen des Absenders Folge zu leisten, beschränkt sein — sei es, daß er nur gegen Rückgabe bestimmter Urkunden das Gut herauszugeben braucht, oder daß die Anweisung ihm in bestimmten Formen oder auf bestimmtem Wege zugehen muß. Hinsichtlich der bei Eisenbahnen in Betracht kommenden Frachtbriefduplikate vgl. § 455 Abs. 2.

Nr. 4. b) Das Anweisungsrecht steht dem **Absender** und nur diesem zu, denn dieser ist ja der Besteller des opus; auch in dem Falle, wenn der Absender für fremde Rechnung, als Spediteur, fungirt. Der Versender kann nur auf Grund einer Vollmacht oder der Cession seitens des Absenders gegen den Frachtführer auftreten (§ 392). Natürlich kann der Absender seine Rechte an Andere, insbesondere den Empfänger abtreten oder den Frachtführer ermächtigen, den Anweisungen Anderer Folge zu leisten (§ 434 Satz 2). — Weil nur der Absender das Anweisungsrecht hat, hat der Frachtführer stets zu prüfen, ob der Absender oder sein Rechtsnachfolger die Anweisung ertheilt hat. Er darf keiner Anweisung Folge leisten, die nicht auf jene zurückführt, guter Glaube nützt ihm nichts (R.O.H.G. XXV S. 330 ff.). — Es geht ihn andererseits nichts an, ob der Absender nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Empfänger bestehenden Vertragsverhältnisses solche Anweisungen ertheilen durfte. Auch wenn er überzeugt ist, daß der Absender gegen seine Pflichten dem Empfänger gegenüber verstößt, hat er die Anweisung zu befolgen (R.O.H.G. XXV S. 331). Selbst ein mit dem Empfänger geschlossener Vertrag würde den Frachtführer von seinen Pflichten gegen den Absender nicht entbinden. Ja sogar, wenn er weiß, daß der Empfänger oder ein Dritter Eigenthümer des Gutes ist, hat er die Anweisungen des Absenders zu befolgen, selbst wenn sie in Widerspruch mit denen des Empfängers stehen (Prot. S. 852, Eger II S. 103).

Nr. 5. c) **Die Anweisung bedarf an sich keiner bestimmten Form**; sie muß nur dem Frachtführer zugegangen sein. Daß sie dem Frachtführer zugegangen ist, hat der Absender zu beweisen. Die E.V.O. verlangt jedoch eine bestimmte Form der Anweisung (schriftliches, vom Absender unterzeichnetes Formular) bei Vermeidung der Nichtigkeit; sie verlangt ferner, daß die Anweisung durch Vermittlung der Versandstation dem Frachtführer zugehe und daß bei Ausstellung eines Frachtbriefduplikats oder Aufnahmescheines dieser vorgelegt werde (§ 64).

Nr. 6. d) Der Frachtführer braucht den Anweisungen **nur gegen Erstattung der dadurch entstehenden Mehrkosten Folge zu leisten**, d. h. hat der Frachtführer die Mehrkosten ausgelegt, so kann er diese ersetzt verlangen und hat hinsichtlich ihrer das gesetzliche Pfandrecht (§ 440). Doch gilt dies nicht, wenn die Anweisung durch das eigene Verschulden des Frachtführers veranlaßt ist. Aber der Frachtführer braucht nicht in Vorschuß zu gehen, er kann, wenn er nicht die Mehrkosten auslegen will, vorherige Berichtigung verlangen und sonst die Ausführung der Anweisung ver-

---

[1]) Dahin gehört z. B., daß er nicht gehalten ist, aus einer größeren Sendung einzelne Stücke herauszusuchen und dadurch seinen Transport zu unterbrechen (Keyßner S. 455 Nr. 3).

[2]) Die E.V.O. § 64 Abs. 1 macht jedoch hierin Beschränkungen. Sie überläßt es dem Ermessen der Eisenbahnen, nachträgliche Anweisungen, betr. Nachnahme oder Frankirung, zuzulassen, und erklärt sonstige nachträgliche Anweisungen oder Verfügungen, die nicht die Rückgabe, Anhaltung oder Ablieferung des Gutes betreffen, für unzulässig.

Digitized by Google

weigern. Er braucht auch nicht das Gut wieder zurückzubefördern oder eine neue Route einzuschlagen. Dies setzt den Abschluß eines neuen Frachtvertrages voraus (Eger II S. 105, R.O.H.G. XVI S. 195, XI S. 293). Selbstverständlich kann ein Anderes vereinbart werden.

e) Nur auf das konkrete Frachtgut bezieht sich das Anweisungsrecht des Absenders. Keineswegs kann der Absender dem Frachtführer die Annahme anderen Frachtgutes auferlegen, selbst wenn die Reiseroute die gleiche ist und die Lage des Frachtführers nicht erschwert wird. Die Vorschrift des § 562 ist auf den Binnentransport nicht ausdehnbar (R.O.H.G. XXIV S. 419). Natürlich kann Vertrag oder Handelsbrauch ein Anderes enthalten. Nr. 7.

f) Leistet der Frachtführer der Anweisung nicht Folge, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Die Berechnung des Schadensersatzes bestimmt sich nach bürgerlichem Recht, es sei denn, daß ein Fall des Verlustes des Gutes vorliegt, dann greift § 430 Platz. Nr. 8.

II. **Absatz 2.** Das Verfügungsrecht des Absenders dauert für die ganze Zeit des Transportes, es dauert auch fort nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte, es hört auch nicht auf mit der Anzeige des Frachtführers an den Empfänger, daß das Gut angekommen sei (R.O.H.G. III S. 436), ja selbst die Uebergabe des Frachtbriefes an den Empfänger — solange das Gut noch nicht am Ablieferungsorte angekommen ist — beseitigt es nicht. Wohl aber hört es auf (vom Fall des § 447 Abs. 3 abgesehen) Nr. 9.

a) mit der am Ablieferungsort erfolgenden Aushändigung des Frachtgutes an den Empfänger (Prot. S. 4733), besonders wenn ein Frachtbrief nicht ausgestellt ist,

b) mit der Ausantwortung des Frachtbriefes an den Empfänger, nachdem das Gut am Ablieferungsort angelangt ist,

c) mit der Klageerhebung seitens des Empfängers nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsort in Gemäßheit des § 435. Die bloße Aufforderung des Empfängers genügt nicht.

In diesen Fällen tritt der Empfänger an die Stelle des Absenders. Er ist also so weit, wie bisher der Absender, berechtigt, dem Frachtführer Anweisungen zu ertheilen (Eger II S. 129). Der Frachtführer darf nunmehr nicht mehr den Anweisungen des Absenders Folge leisten, sonst macht er sich dem Empfänger für das Gut verhaftet.

Ueber die rechtliche Konstruktion der Stellung des Empfängers bei § 435.

Im Einzelnen gilt:

1. Die **Aushändigung** des Frachtgutes an den Empfänger muß am **Ablieferungsort** erfolgen. Vorherige Aushändigung hat keine Wirkung (Goldschmidt, Hdb. S. 745 ff., Seuffert XXI Nr. 249). Auch darf sie nicht irrthümlich erfolgen. Ist der Frachtführer in der Lage, die Aushändigung des Gutes durch Anfechtung rückgängig zu machen, so ist er verpflichtet, den Anweisungen des Absenders Folge zu leisten (R.G. in Eisenbahnrechtliche Entscheidungen I S. 132). Nr. 10.

2. Der Frachtbrief muß dem Empfänger **nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsort** übergeben sein. Die vorher erfolgte Aushändigung wirkt erst mit Ankunft des Gutes, und zwar ohne Rückbeziehung (a. A. Eger II S. 120). Er muß dem Empfänger (oder dessen Stellvertreter) übergeben, d. h. ihm oder einem Dritten mit seiner Einwilligung (z. B. der Zollbehörde des Ablieferungsortes) faktisch ausgehändigt sein, die bloße Vorlegung des Frachtbriefes genügt nicht. Auch muß der Frachtbrief, nicht etwa bloß die Faktura oder ein Zollpapier, übergeben sein (Eger II S. 80, 120). Die Uebergabe des Frachtbriefes braucht nicht nothwendig am Ablieferungsort zu erfolgen. Nr. 11.

3. Die Klage muß vom Empfänger **auf Grund des § 435** erhoben sein, eine Klage aus anderem Rechtsgrunde, z. B. Vertrag zwischen Empfänger und Frachtführer oder eine Eigenthumsklage des Empfängers, genügt nicht. Die Klage muß erhoben sein, Streitverkündung genügt nicht, wohl aber eine Vollstreckungshandlung (Eger II S. 114). Die Klage muß gegen den Frachtführer erhoben sein, eine Klage gegen den Absender ist bedeutungslos. Auch darf zur Zeit der Klageerhebung nicht das Recht des Empfängers nach § 435, Schlußsatz, erloschen sein. Nr. 12.

4. In **sachenrechtlicher** Hinsicht hat Abs. 2 keine besondere Tragweite. Hat der Frachtführer dem Empfänger das Gut übergeben, so kann darin der Eigenthumsübertragungsakt liegen, nothwendig ist dies nicht, dieser Akt kann voraufgegangen sein oder nachfolgen. Hat er den Frachtbrief übergeben, so liegt darin kein Traditionsakt mit Bezug auf das Gut, weil der Frachtbrief nur Beweisurkunde ist. Auch liegt darin nicht nothwendig die Erklärung des Frachtführers, daß er nun für den Empfänger als Nr. 13.

Digitized by Google

dessen Verwahrer das Gut in Gewahrsam behalte. Vielmehr bedarf es besonderer thatsächlicher Anhaltspunkte zur Annahme eines Verwahrungsvertrages (R.G.E. XXVII S. 86). Demgemäß verbleibt im Zweifel das Verfolgungsrecht aus R.K.O. § 44 dem Absender. (Vgl. v. Hahn II S. 636—639, R.O.H.G. XXIV S. 352, Eger II S. 98; gänzlich anders freilich Hellwig a. a. O. S. 491, 345, der dem Fall von B.G.B. § 931 den anderen gleichstellt, daß der Eigenthümer dem Anderen den Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer (hier Frachtführer) „verschafft" hat, was aber m. E. über die ratio von § 931 weit hinausgeht; wie Hellwig auch R. Schröder in Z. LI.)

Nr. 14. 5. Die Tragweite ist vielmehr nur eine obligatorische. Der Frachtführer darf nunmehr einer Kontreordre des Absenders nicht mehr Folge leisten. Doch gilt dies nur dann, wenn der Empfänger von seinem Recht Gebrauch macht. Verweigert der Empfänger die Annahme, so ist ja der Frachtführer gehalten, die Anweisung des Absenders einzuholen (§ 437). Aber auch wenn der Empfänger dem Frachtführer zu erkennen giebt, daß er von seinem Anweisungsrechte keinen Gebrauch mache,[1]) lebt das ursprüngliche Anweisungsrecht des Absenders wieder auf (R.O.H.G. VI S. 276), dies folgt schon aus B.G.B. § 333. — Natürlich kann der Absender stets noch kraft Cession oder als Bevollmächtigter des Empfängers auftreten (Busch XXXIX S. 142), ja es ist ihm sogar aus B.G.B. § 335 das Recht zuzugestehen, die Auslieferung des Gutes an den Empfänger vom Frachtführer zu fordern (so auch Cosack S. 433).

Nr. 15. 6. Dem Empfänger ist der Frachtführer **für das Gut** verhaftet, also für allen Schaden, der durch rechtswidriges Verhalten mit dem Gute dem Empfänger entsteht, soweit als er dem Absender verhaftet sein würde. Eine besondere Beschränkung der Haftung sollte kaum aufgestellt werden (Eger II S. 131). Geht das Gut verloren oder wird es beschädigt, so haftet er nach § 430, für bloße Verzögerung haftet er auf vollen Schaden.

Nr. 16. 7. Das **alte** Recht stimmte im Wesentlichen überein.

§ 434.

Der Empfänger ist vor der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung dem Frachtführer gegenüber berechtigt, alle zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Maßregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke nothwendigen Anweisungen zu ertheilen. Die Auslieferung des Gutes kann er vor dessen Ankunft am Orte der Ablieferung nur fordern, wenn der Absender den Frachtführer dazu ermächtigt hat.

Entw. I § 408, II § 426; Denkschr. I S. 262, II S. 3266. A. D. H.G.B. Art. 404.

Nr. 1. 1. **Vorbemerkung.** Bestimmt § 433 den Zeitpunkt, an dem das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, sodaß in obligatorischer Hinsicht an seine Stelle der Empfänger tritt, so regeln die §§ 434, 435 die dem Empfänger auch vor jenem Zeitpunkte dem Frachtführer gegenüber zustehenden Rechte, und zwar derart, daß § 434 die Rechte des Empfängers vor Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte, § 435 die Rechte des Empfängers nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte betrifft. Beide Paragraphen behandeln nur die Rechte des Empfängers; die Verpflichtungen desselben werden nur im Gewande der Vorbedingungen für die Geltendmachung der Rechte erwähnt (v. Hahn zu Art. 405 § 8). Sie behandeln ferner nur die obligatorischen Rechte, nicht das dingliche Recht des Empfängers am Frachtgut, auch nur die obligatorischen Rechte gegen den Frachtführer, nicht die Ansprüche des Empfängers gegen den Absender, die mit dem Frachtvertrag ja nichts zu thun haben, endlich nur die Rechte aus dem Frachtvertrag, nicht Ansprüche aus besonderen Vereinbarungen zwischen Empfänger und Frachtführer. Der Schwerpunkt liegt im § 435. Dort wird, da das Fundament beider Rechte das gleiche ist, die Erörterung über die rechtliche Struktur der Stellung des Empfängers zu erfolgen haben. § 434 besitzt eine nur untergeordnete Bedeutung.

Nr. 2. 2. Nach **§ 434 Satz 2** kann der Empfänger die Auslieferung des Gutes vor Ankunft desselben am Ablieferungsort nur fordern, wenn der Absender den Fracht-

[1]) Bloße Rückgabe des Frachtbriefes zur Rektifizirung der Frachtberechnung u. dgl. läßt natürlich das Verfügungsrecht des Absenders nicht wieder aufleben (Eger II S. 121).

Digitized by Google

führer dazu ermächtigt hat. Dieser Satz entspricht der im § 433 erörterten Stellung des Frachtführers. Der Frachtführer ist während des Transportes grundsätzlich nur vom Absender abhängig, er hat dessen Anweisungen Folge zu leisten. Würde man ihm gestatten, das Gut dem Empfänger während des Transportes auszuliefern, so würde das Anweisungsrecht des Absenders illusorisch gemacht werden. Demnach ist der Frachtführer, auch wenn er mit dem Empfänger eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen hat, ja auch wenn er ihm den Frachtbrief ausgehändigt hat, ja wenn auch die Auslieferung zur Sicherstellung des Gutes dienen soll, nicht berechtigt, das Gut dem Empfänger vor dessen Ankunft am Ablieferungsort auszuliefern, er würde sich dem Absender schadensersatzpflichtig machen. Er bedarf vielmehr zu solcher Handlung der Ermächtigung des Absenders. Diese kann ertheilt werden von Anfang an, indem der Frachtvertrag dem Frachtführer gestattet, generaliter oder unter gewissen Bedingungen das Gut dem Empfänger auch während des Transportes auszuhändigen. Eine generelle Gestattung liegt vor, wenn der Absender vom Frachtführer sich einen Ladeschein ausstellen läßt. Solchenfalls räumt er dem Frachtführer das Recht ein, an den gemäß dem Ladeschein zum Empfang Legitimirten das Gut, auch während es unterwegs ist, auszuliefern (§ 447). Sie kann aber auch ertheilt werden nachträglich generaliter oder für gewisse Fälle, sei es, daß der Absender dem Frachtführer den Auftrag ertheilt oder daß er ihm die Erlaubniß giebt, das Gut dem Empfänger jederzeit auszuliefern, oder daß er den Empfänger bevollmächtigt, die Herausgabe des Gutes zu verlangen, je nach Lage der Dinge wird der Frachtführer verpflichtet oder doch berechtigt, die Auslieferung vorzunehmen. Stets aber muß es sich um eine an den Frachtführer gerichtete Ermächtigung handeln, bloße interne Vereinbarungen zwischen Absender und Empfänger gehen den Frachtführer nichts an. Hat der Absender dem Empfänger seine Rechte gegen den Frachtführer abgetreten, so greifen die Grundsätze von der Cession von Forderungen Platz, insbesondere B.G.B. § 410. — Würde der Empfänger auf Grund seines Eigenthums am Frachtgut gegen den Frachtführer mit der Eigenthumsklage vorgehen, so würde sich die Verpflichtung des Frachtführers zur Herausgabe nach Gesichtspunkten bestimmen, die mit dem Frachtrecht nichts zu thun haben. — Ist Empfänger und Absender identisch, so cessirt natürlich Satz 2.

3. Dagegen kann auch nach **§ 434 Satz 1** der Empfänger[1]) dem Frachtführer gegenüber auch schon vor Ankunft des Gutes am Ablieferungsort behufs Sicherstellung des Gutes vorbereitende Maßregeln treffen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke nothwendigen Anweisungen ertheilen. Daß der Empfänger, dem die demnächstige Ankunft des Gutes avisirt wird, berechtigt, u. U. sogar gegenüber dem Absender (nicht gegenüber dem Frachtführer, vgl. Eger II S. 272) verpflichtet ist, Maßregeln zu treffen, die die Erhaltung, gehörige Abnahme und Unterbringung des Gutes betreffen, z. B. Leute oder Transportmittel zur Reparatur oder Abholung, Räume zur Unterbringung zu miethen, ist ohnehin selbstverständlich. Ob die Kosten für solche Maßregeln vom Absender oder vom Empfänger zu tragen sind, bestimmt sich nach den Rechtsverhältnissen zwischen Absender und Empfänger (v. Hahn zu Art. 405 § 3). Die hier behandelte Frage ist, ob der Frachtführer gehalten ist, derartigen Maßregeln seinerseits Rechnung zu tragen. Das Gesetz bejaht diese Frage, ohne das Verfügungsrecht des Absenders zu beeinträchtigen. Unter allen Umständen geht der Absender als dominus negotii vor. Sind also die vom Empfänger getroffenen Maßregeln in Widerstreit mit den Verfügungen des Absenders, so hat der Frachtführer nur die letzteren zu befolgen, auch wenn er der Ansicht ist, daß jene die richtigeren sind (§§ 433, 435 Schlußsatz), er ist höchstens vom Standpunkt der bona fides gehalten, dem Absender Mittheilung zu machen und nochmals Weisung von ihm einzuholen. Nr. 3.

Besteht dagegen solch' Widerstreit nicht, so hat der Frachtführer zu prüfen, ob die vorgesehenen Maßregeln zur Sicherstellung des Gutes erforderlich sind[2]) und nicht die Interessen des Absenders oder seine eigenen Interessen beeinträchtigen. Ergiebt diese Prüfung ein bejahendes Resultat, so ist er berechtigt und verpflichtet, den zu diesem Zweck nothwendigen Anweisungen des Empfängers Folge zu leisten, ob sie sich auf die substantielle Erhaltung des Gutes oder die Verhütung der Verspätung

[1]) Daß dieser sich durch den Frachtbrief legitimiren muß, ist nicht nothwendig, es braucht gar kein Frachtbrief ausgestellt zu sein.

[2]) Der praktische Fall wird sein, daß das Gut von Naturereignissen, z. B. Einfrieren oder Brand, betroffen ist (Eger II S. 278).

Digitized by Google

des Transportes beziehen (Eger II S. 278). Andernfalls kann und soll er die Befolgung ablehnen, er handelt sonst auf eigene Gefahr.

Weigert er sich, den vom Empfänger getroffenen, objektiv gerechtfertigten Anweisungen Folge zu leisten, so macht er sich dem Empfänger, u. U. auch dem Absender[1]) gegenüber schadensersatzpflichtig. Der Empfänger kann ihn verklagen und im Wege der einstweiligen Verfügung die Maßregel erzwingen.

Nr. 4. 4. Ueber die konstruktive Basis des Rechtes des Empfängers bei § 435.

Nr. 5. 5. Das dem Empfänger durch § 434 gewährte Recht steht ihm weder nach der Eisenbahn-Verkehrsordnung noch nach dem Berner Vertrag zu. Vielmehr betrachten diese bis zu dem in § 433 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt lediglich den Absender als verfügungsberechtigt (E.V.K.O. § 64 Abs. 1, Berner Vertrag Art. 15 Abs. 1).

Nr. 6. 6. Das alte Recht (Art. 404) stimmte überein.

§ 435.

Nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung ist der Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen, ohne Unterschied, ob er hierbei in eigenem oder in fremdem Interesse handelt. Er ist insbesondere berechtigt, von dem Frachtführer die Uebergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Gutes zu verlangen. Dieses Recht erlischt, wenn der Absender dem Frachtführer eine nach § 433 noch zulässige entgegenstehende Anweisung ertheilt.

Entw. I § 409, II § 427; Denkschr. I S. 262, 263, II S. 3266. A. D. H.G.B. Art. 406.

Nr. 1. I. **Rechte des Empfängers.** Hat während des Transportes der Empfänger nur das Recht, dem Frachtführer Anweisungen behufs Erfüllung von zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Maßregeln zu ertheilen, so erweitert sich das Maß seiner Befugnisse mit der Ankunft des Gutes am Destinationsorte. Von nun ab ist er berechtigt, die sämmtlichen durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen. Freilich ist er mit der Ankunft des Gutes noch nicht an die Stelle des Absenders getreten. Das Verfügungsrecht des Absenders ist noch nicht erloschen. Um es zum Erlöschen zu bringen, muß entweder nun das Gut oder der Frachtbrief dem Empfänger übergeben sein oder muß der Empfänger die Klage auf Uebergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Gutes gegen den Frachtführer erhoben haben (§ 433 Abs. 2). Solange dieses nicht geschehen ist, steht das Recht des Empfängers dem des Absenders nach. Der Absender ist insbesondere noch in der Lage, den Frachtführer anzuweisen, das Gut zurückzuhalten oder zurückzugeben oder einem Dritten auszuhändigen. Alle diese entgegenstehenden Anweisungen sind zulässig und haben zur Folge, daß nunmehr das Recht des Empfängers wieder erlischt, folglich die in Widerstreit mit ihnen erhobene Klage auf Auslieferung des Gutes die Kraft verliert, das Dispositionsrecht des Absenders nach § 433 Abs. 2 zu beseitigen. So ergeben sich drei Stadien für die rechtliche Stellung des Empfängers, das unvollkommenste, in dem er lediglich Sicherstellungsanweisungen in eigenem Namen, aber unbeschadet des Dispositionsrechtes des Absenders, ertheilen kann (§ 434) — es umfaßt die ganze Transportzeit von Beginn des Transportes bis zum Moment der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte —, das mittlere, in dem er alle frachtvertragsmäßigen Rechte gegen Erfüllung der frachtvertragsmäßigen Verpflichtungen in eigenem Namen, aber unbeschadet der Dispositionsrechte des Absenders, gegen den Frachtführer geltend machen kann (§ 435) — es umfaßt die Zeit von Ankunft des Gutes am Ablieferungsort bis zur Uebergabe von Gut oder Frachtbrief, beziehungsweise bis zur Erhebung der Klage auf Uebergabe von

[1]) Denn die Anweisungen des Empfängers werden meist zugleich das Interesse des Absenders im Auge haben, der möglicherweise so weit entfernt wohnt, daß dessen Weisungen gar nicht schnell genug eingeholt werden können (Eger II S. 265). Im Grunde nimmt der Empfänger freilich nur sein eigenes Interesse wahr (vgl. Eger II S. 271).

Digitized by Google

Gut und Frachtbrief —, und endlich das vollkommenste, in dem der Empfänger an die Stelle des Absenders tritt, das Verfügungsrecht des Absenders erlischt. Von ihm handelt § 433 Abs. 2.

Die rechtliche Basis ist in den drei Stadien die gleiche. § 433 Abs. 2 verweist ohnehin hinsichtlich der positiven Rechte des Empfängers stillschweigend auf § 435, da er nur von dem Erlöschen der Verfügungsbefugnisse des Absenders handelt. Und daß die Befugnisse aus § 435 und § 434 auf dem gleichen Fundament beruhen, dürfte einem Zweifel kaum unterliegen, § 434 ist gewissermaßen nur der Schatten, den § 435 im Voraus wirft. So erhebt sich die Frage, wie ist das Recht des Empfängers zu konstruiren.[1])

II. **Rechtliche Natur.** Soviel ist klar, daß der Empfänger die ihm durch § 434 und § 435 gewährten Rechte nicht als Stellvertreter des Absenders geltend macht. Denn abgesehen davon, daß es gar keiner Ermächtigung durch den Absender bedarf, tritt der Empfänger nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift in eigenem Namen, nicht im Namen des Absenders auf (R.O.H.G. IV S. 359 ff., Busch XXXIX S. 142). Ebensowenig läßt sich mit einer präsumtiven Vollmacht des Empfängers durch den Absender operiren. Freilich hebt eine in Widerspruch mit den dem Empfänger vom Gesetz gewährten Befugnissen ertheilte Anweisung des dispositionsberechtigten Absenders an den Frachtführer die Rechte des Empfängers auf, allein damit ist nicht gesagt, daß, wenn der Absender solche Anweisung dem Frachtführer zu ertheilen unterläßt, er als präsumtiver Vollmachtgeber des Empfängers anzusehen sei. Will man nicht eine präsumtio juris et de jure annehmen — was wieder auf eine bloße Fiktion hinausläuft —, so müßte dann dem Frachtführer der Gegenbeweis gestattet sein, daß es an einer Vollmacht dieses Inhaltes an den Empfänger fehle. Allein der Frachtführer würde selbst durch den Nachweis, daß der Absender dem Empfänger untersagt habe, jene Rechte gegen den Frachtführer geltend zu machen, sich gegenüber dem Empfänger nicht befreien können, allein der Nachweis, daß ihm, dem Frachtführer, rechtmäßig eine entgegenstehende Anweisung vom Absender ertheilt sei, würde ihm nützen. — Nicht zutreffend ist auch die Annahme, daß der Empfänger als Geschäftsführer ohne Auftrag auftrete. — Denn der Empfänger will gar nicht ein Geschäft für den Absender, sondern ein eigenes Geschäft geriren, und es ist völlig gleichgültig, ob sein Auftreten mit dem muthmaßlichen Willen des Absenders in Einklang ist oder nicht. Nr. 2.

Unhaltbar ist weiter die Theorie, nach der der Empfänger mit dem Frachtführer einen eigenen Vertrag schließt; der Frachtführer mache durch Uebergabe von Waare oder Frachtbrief dem Empfänger den Antrag, sich diesem zu verpflichten, der Empfänger nehme die Offerte durch Annahme von Waare oder Frachtbrief an. Denn das Recht des Empfängers entsteht ja schon mit Ankunft des Gutes am Ablieferungsort,[2]) ja es ist in gewissem Umfange schon während des Transportes vorhanden, und es bedarf somit einer Willenserklärung des Frachtführers gar nicht, wie solche umgekehrt dann nichts nützt, wenn sie vor Eintreffen des Gutes am Destinationsorte erfolgt.

Aber auch die vielfach (so insbesondere von Eger II S. 88 ff.[3]), 288 f., Goldschmidt, Hdb. I 2 § 75 Anm. 41) vertretene Theorie einer gesetzlichen Abtretung der Rechte des Absenders an den Empfänger ist nicht zutreffend. Sie würde mit der Thatsache nicht vereinbar sein, daß dem Absender ja zunächst alle Rechte verbleiben, daß er also, so lange der berechtigte Empfänger nicht Klage erhoben hat, oder ihm Gut, beziehungsweise Frachtbrief nicht ausgeliefert ist, die volle Disposition behält. Wenn das Gesetz dem Empfänger sofort nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte das Recht gewährt, „die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen den Frachtführer in eigenem Namen geltend zu machen", und andererseits dem Absender das Verfügungsrecht so lange wahrt, bis die in § 433 Abs. 2 angegebenen Thatsachen eintreten, so kann unmöglich der Empfänger als Cessionar des Absenders die Rechte geltend machen; abgesehen davon, scheitert die Theorie der gesetzlichen Cession daran, daß der Frachtführer nicht alle Einwendungen, die er gegen den Absender hatte, dem Empfänger entgegensetzen kann (B.G.B. § 404), sondern nur die frachtvertragsmäßigen,

[1]) Vgl. Ueberblick über die Theorien bei Eger II S. 86 ff., Schott S. 402, L. Vogel, Das Dispositionsrecht beim Transport 1889 S. 28 ff.

[2]) In dieser Ankunft aber eine stillschweigende Offerte des Frachtführers an den Empfänger zu erblicken (Eger II S. 264), geht unmöglich an.

[3]) Aber nur für § 435, nicht für § 434 vertreten (vgl. Eger II S. 267).

Digitized by Google

daß B.G.B. § 410 auf das Verhältniß des Frachtführers zum Empfänger keine Anwendung findet u. dgl. m.

Vielmehr ist das Recht des Empfängers ein selbständiges (R.G.E. XIII S. 75), das neben dem Recht des Absenders besteht. Und zwar ist es nicht bloß eine reine formelle Legitimation (v. Hahn zu Art. 405 § 8), eine „formal eigene Befugniß" (Schott S. 402). Soll hiermit gesagt sein, daß der Empfänger Mitkontrahent des Frachtvertrages ist, so ist die Bezeichnung irreführend, denn man kann auch, ohne Mitkontrahent zu sein, aus einem Vertrage materiell eigene Rechte erhalten. Soll dagegen dadurch ausgedrückt werden, daß der Absender in Wahrheit der dominus negotii bleibe, so ist auch dies nicht ganz zutreffend, denn der Absender ist nicht stets in der Lage, die durch Geltendmachung der Rechte des Empfängers erzeugten Wirkungen nachträglich zu beseitigen, er ist also in gewissen Beziehungen dadurch gebunden.

Das Recht des Empfängers ist das Recht eines Dritten aus dem Frachtvertrage, es liegt das Versprechen der Leistung an einen Dritten vor.[1]) Die Grundsätze des B.G.B. §§ 328 ff. lassen sich mit diesem Fall voll vereinbaren. Promissar ist der Absender, Promittent der Frachtführer. Der Promissar behält sich die Befugniß vor, das Recht des Empfängers ohne dessen Zustimmung so lange aufzuheben oder zu ändern, bis die in § 433 Abs. 2 aufgeführten Thatsachen eingetreten sind, er behält sich auch die Befugniß vor, einen Anderen als den im Frachtbrief Bezeichneten zu substituiren (B.G.B. § 332). Das Recht des Empfängers entsteht, soweit es sich um die Befugnisse des § 434 handelt, schon mit Beginn des Transportes, soweit es sich um die Befugnisse des § 435 handelt, mit Ankunft des Gutes am Ablieferungsort. Weist der Empfänger das Recht zurück, so gilt es als nicht erworben (B.G.B. § 333). Einwendungen aus dem Frachtvertrage stehen dem Frachtführer auch gegen den Empfänger zu (B.G.B. § 334). Der Absender hat auch seinerseits das Recht, die Leistung an den Empfänger zu fordern (B.G.B. § 335). Alle gesetzlichen Bestimmungen über den Vertrag zu Gunsten Dritter treffen auf diesen Fall zu, der (von Eger II S. 69 betonte) Umstand, daß dem Absender zunächst die volle Dispositionsbefugniß bleibt, steht nicht entgegen, da das B.G.B. dies als durchaus vereinbar mit dem Vertrag zu Gunsten Dritter erklärt (B.G.B. § 328 Abs. 2). — Eines Verzichtes auf jede Konstruktion (R.O.H.G. XIII S. 326) bedarf es also nicht. Die Theorie des Vertrages zu Gunsten Dritter wahrt die Einheitlichkeit der Basis für die Rechte des Empfängers. Die allmählich vor sich gehende Ausbreitung der Rechte des Destinatärs, die zunächst hinter denen des Absenders zurückstehen, dann diese absorbiren, ist mit ihr durchaus vereinbar, während alle anderen Theorien hieran scheitern, es bedarf bei ihr keiner Fiktion, sie erklärt naturgemäß und dem Willen der Parteien entsprechend die Entstehung der Rechte des Empfängers.

III. Im Einzelnen gilt:

Nr. 3. 1. Das dem Empfänger durch § 435 gewährte Recht setzt **Ankunft des Gutes am Destinationsorte**[2]) voraus. Einer Ankunft des Frachtführers bedarf es nicht und umgekehrt ersetzt die Ankunft des Frachtführers nicht die Ankunft des Gutes. Würde der Frachtführer über die gesetzliche Lieferfrist (§ 428) hinaus die Ankunft des Gutes verzögern, so hätte der Empfänger vor der Ankunft des Gutes kein Recht gegen ihn (a. A. v. Hahn zu Art. 405 § 10, Eger II S. 296). Kommt umgekehrt das Gut vor Ablauf der Lieferungsfrist an, so entsteht das Recht trotzdem. Die gegentheilige Annahme hat im Gesetz keine Stütze (so auch für den letzteren Fall Eger II S. 297). — Solange das Gut nicht angekommen ist, hat der Empfänger — vom Fall des Ladescheins abgesehen — kein selbständiges Recht kraft Gesetzes, er kann lediglich auf Grund der Cession oder Ermächtigung des Absenders oder eines besonderen Vertrages zu seinen Gunsten auftreten; auch die Uebergabe des Frachtbriefes ersetzt die Ankunft des Gutes nicht. Andererseits genügt die Ankunft des Gutes, der Mittheilung der Ankunft oder gar der Uebergabe des Frachtbriefes seitens des Frachtführers bedarf es nicht.

Nr. 4. 2. Der **Empfänger** ist berechtigt, gegen den Frachtführer aufzutreten, d. h. nicht bloß der im Frachtbrief bezeichnete Adressat, sondern überhaupt der Adressat; denn das Gesetz macht das Recht aus § 435 überhaupt nicht von der Ausstellung eines Fracht-

[1]) So auch R.G. in eisenbahnrechtl. Entsch. I S. 134, IV S. 415, Cosack S. 433, Vogel S. 47, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 1899 S. 478.

[2]) Als solcher gilt bei Eisenbahntransport die vom Absender bezeichnete Bestimmungsstation, selbst wenn die Bahn durch Rollfuhrleute die Waaren in's Haus zu bringen übernommen hat (E.V.K.O. § 65 Abs. 3, § 68, Berner Vertrag Art. 16 Abs. 3).

Digitized by Google

briefes abhängig. War ein Adressat im Frachtbrief bezeichnet und hat der Absender befugter Weise die Person des Adressaten geändert, so tritt an Stelle des ursprünglichen Adressaten der neue Adressat. Statt des Empfängers selbst kann auch dessen Bevollmächtigter oder (z. B. der hinter ihm stehende Kommittent nach erfolgter Cession) Cessionar auftreten (Busch XVI S. 272). Ueber den Fall des Ladescheins bei § 447.

3. Der Empfänger ist **berechtigt**, die frachtvertragsmäßigen Rechte geltend zu machen. Verpflichtet ist er dem Frachtführer gegenüber aus § 435 zur Geltendmachung nicht. Doch kann er dem Frachtführer gegenüber sich zur Abnahme des Gutes besonders verpflichtet haben. Darüber bei § 436. Wieweit er dem Absender gegenüber dazu verpflichtet ist, entscheidet sich nach Maßgabe der zwischen ihm und dem Absender bestehenden Rechtsverhältnisse; möglicherweise ist er auch einem Dritten gegenüber zur Wahrnehmung der Rechte obligirt, so wenn er als Spediteur, Kommissionär oder Lagerhalter die Empfängerrolle bekleidet (§§ 388, 407 Abs. 2, 417 Abs. 1). Nr. 5.

4. Er ist berechtigt, die vertragsmäßigen Rechte in **eigenem Namen geltend zu machen**, er braucht also keine Vollmacht, Cession oder sonstige Ermächtigung des Absenders vorzuweisen, es genügt, daß er sich als Empfänger legitimirt. Es ist auch gleichgültig, ob er in eigenem oder fremdem Interesse, z. B. als Spediteur, fungirt. Es kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß das Gut in Wahrheit für seinen Hintermann bestimmt sei, diese Frage geht den Frachtführer nichts an. Indem er sie in eigenem Namen geltend macht, macht er sie als seine Rechte geltend, demgemäß ist bei der Schadensberechnung sein Schade, nicht der des Absenders zu berücksichtigen (R.O.H.G. IV S. 359); wieweit der Schade des hinter ihm stehenden Kommittenten ꝛc. dabei zu berücksichtigen ist, regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Nr. 6.

5. Er ist berechtigt, **die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte** geltend zu machen, gleichgültig, ob sie im Frachtbrief niedergelegt sind oder nicht, denn der Frachtbrief ist nur Beweisurkunde (R.O.H.G. VII S. 216). Hat der ursprüngliche Frachtvertrag durch Vereinbarungen zwischen Absender und Frachtführer eine Aenderung erfahren, so wirkt diese auch gegen ihn, vorausgesetzt, daß sie zu einer Zeit erfolgte, in der der Absender noch dispositionsberechtigt war. Anders beim Ladeschein (§ 446). Von den durch den Frachtvertrag begründeten Rechten sind durch besondere nebenhergehende Verträge des Absenders mit dem Frachtführer erzeugte Rechte zu scheiden, z. B. die Rechte aus einem Verwahrungsvertrag, ebenso Rechte von Dritten, die mit dem Frachtführer kontrahirten. Nr. 7.

6. Er ist berechtigt, sie geltend zu machen **gegen Erfüllung der aus dem Frachtvertrag sich ergebenden Verpflichtungen**, d. h. er ist nicht prima facie zur Erfüllung dieser Verpflichtungen gehalten. § 435 handelt nur von Rechten des Empfängers. Von wann ab eine Verpflichtung des Empfängers gegenüber dem Frachtführer entsteht, ist in § 436 zu erörtern. Die Erfüllung der frachtvertragsmäßigen Verpflichtungen ist in § 435 nur Vorbedingung der Ausübung der Rechte („Zug um Zug") des Empfängers (R.O.H.G. XX S. 377). Und zwar die Erfüllung aller frachtvertragsmäßigen Verpflichtungen, nicht bloß der im Frachtbrief niedergelegten (anders im älteren Recht), gleichgültig, ob sie auf besonderer Vereinbarung oder auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Vor Allem gehört hierhin die Zahlung der Fracht und der sonstigen Spesen, die Zahlung der etwaigen Werthnachnahme u. s. w. Nr. 8.

7. Er ist berechtigt, sie geltend zu machen **gegen den Frachtführer**, d. h. gegen alle für den Transport in Betracht kommende Frachtführer (vgl. § 432). Wieweit er sie gegen andere Personen, insbesondere den Absender, aber auch gegen Spediteure geltend machen kann, entscheidet sich nicht aus § 435 (R.O.H.G. XIII S. 327). Nr. 9.

8. Die **Art der Geltendmachung** kann bestehen in bloßer Aufforderung, in Klageerhebung, aber auch in einwandsweiser Geltendmachung, z. B. durch Aufrechnung des Schadensersatzanspruches mit der Frachtforderung (v. Hahn zu Art. 405 § 11), auch in der Form der Widerklage. Nr. 10.

9. Das Gesetz hebt speziell das Recht des Empfängers hervor, die **Uebergabe des Frachtbriefes und die Auslieferung des Frachtgutes**[1]) **zu verlangen**, weil sich Nr. 11.

[1]) Der Begriff der Auslieferung ist identisch mit dem der Ablieferung in § 429. Es braucht nicht nothwendig eine wirkliche Einhändigung an den Empfänger zu erfolgen, es genügt die Aufgabe des Gewahrsams an einen Dritten, z. B. die Zollbehörde des Destinationsortes, mit Einverständniß des Empfängers (R.O.H.G. II S. 252 f., VIII S. 27 ff., XIV S. 293). Bloße Avisirung der Ankunft des Gutes ist sowenig Auslieferung als bloße Uebergabe des Frachtbriefes.

Digitized by Google

an die klageweise Geltendmachung dieses Rechtes die in § 433 Abs. 2 behandelte Folge knüpft; die Klage muß dann aber auf Uebergabe von Frachtbrief und Auslieferung des Gutes gehen; geht sie nur auf Vorlegung des Frachtbriefes (etwa in Gemäßheit von B.G.G. § 810), so hat sie jene Wirkung nicht (v. Hahn zu Art. 405 § 14).

Aber der Empfänger hat überhaupt alle frachtvertragsmäßigen Rechte, insbesondere die Ansprüche wegen Verlustes und Beschädigung des Gutes oder Versäumung der Lieferfrist (R.O.H.G. IV S. 361, VI S. 429, XXII S. 330).

Nr. 12. 10. Die **dinglichen** Rechte am Gut werden durch § 435 nicht berührt.

Nr. 13. 11. Wie der Absender dem Frachtführer vor Ausübung der Rechte durch den Empfänger Anweisungen ertheilen kann, die die Rechte des Empfängers einschränken, so kann er mit dem Frachtführer vereinbaren, daß der Empfänger gewisse Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht zu erfüllen braucht, daß diese vielmehr lediglich auf dem Absender haften sollen (Eger II S. 292). Er kann auch mit ihm vereinbaren, daß schon vor Ankunft des Gutes am Bestimmungsort ein selbständiges Recht des Empfängers entstehen soll. Alles dies ist aus B.G.B. § 328 Abs. 2 zulässig. Auch kann vereinbart werden, daß der eine Theil, entweder der Frachtführer oder der Empfänger, vorzuleisten habe.

Nr. 14. 12. Das alte Recht (Art. 405) wich in Einzelheiten ab.

a) Es datirte das Recht des Empfängers von der Ankunft des Frachtführers am Destinationsorte.

b) Es stellte als Vorbedingung hin für die Geltendmachung der Rechte des Empfängers die Erfüllung der sich aus dem Frachtbrief ergebenden Verpflichtungen.

Beide Abweichungen bleiben für vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Frachtverträge in Kraft, da das Recht des Empfängers aus jenen resultirt, auch dann, wenn das Gut erst nach diesem Zeitpunkt am Destinationsort eintrifft.

§ 436.

Durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten.

Entw. I § 410, II § 428; Denkschr. I S. 263, II S. 3266; A. D. H.G.B. Art. 406.

Nr. 1. 1. Der Frachtführer ist mit der Ankunft des Gutes am Destinationsort unverzüglich verpflichtet, dem Empfänger das Gut gegen Erfüllung der frachtvertragsmäßigen Verpflichtungen auszuhändigen. Zu diesem Behufe hat er ihm die Ankunft des Gutes rechtzeitig zu avisiren (R.O.H.G. VIII S. 29, XIV S. 279).[1] Regelmäßig hat er ihm das Gut zu überbringen (R.O.H.G. II S. 416, Eger II S. 170), d. h. bis vor die Behausung, beziehungsweise zum Geschäftslokal zu schaffen, während es nicht seine Sache ist, das Gut in das Innere des Hauses hineinzuschaffen (Keyßner S. 457 Nr. 3). Doch kann sich nach Lage des Falls seine Pflicht auch darauf beschränken, das Gut am Destinationsort für den Empfänger bereit zu halten, der es dann von ihm abzuholen hat, so insbesondere wenn die Wohnung des Empfängers ihm nicht angegeben und auch sonst nicht sofort zu ermitteln ist. Selbstverständlich entscheiden vor Allem die getroffenen Vereinbarungen. Die E.V.K.O. § 68 Abs. 1 überläßt dies den lokalen Bestimmungen der Eisenbahn. Ist der Empfänger in Verzug der Annahme, so cessirt jedenfalls für die Zukunft die Pflicht der Ueberbringung (R.O.H.G. II S. 418, vgl. bei § 437).

Nr. 2. 2. Der Empfänger seinerseits — sofern er vom Absender verschieden ist — ist an sich dem Frachtführer gegenüber nicht verpflichtet, das Gut anzunehmen und die Fracht zu zahlen.[2] Denn da er nicht Mitkontrahent des Vertrages ist, so kann er aus dem zwischen Frachtführer und Absender geschlossenen Vertrag als Dritter zwar Rechte erwerben, aber nicht obligirt werden. Zur Erzeugung einer Verbindlichkeit für ihn bedarf es vielmehr eines besonderen Verpflichtungsgrundes (R.O.H.G. XXI S. 182). Ein solcher kann

[1] Nach der Eisenbahn-Verkehrsordnung § 68 Abs. 1 schriftlich, doch ist hier Avisirungspflicht nicht stets erforderlich.

[2] Wieweit er dem Absender oder Dritten, z. B. seinem Kommittenten, dazu verpflichtet ist, regelt sich nach besonderen Grundsätzen.

Digitized by Google

in einem zwischen ihm und dem Frachtführer vor der Ausführung des Transportes geschlossenen besonderen Vertrage liegen, auf Grund dessen er z. B. den Frachtführer seinerseits beauftragt hat, das Gut vom Absender sich übergeben zu lassen und es ihm dann auszuhändigen. Er kann aber auch in einem nachträglich dem Frachtführer gegenüber abgegebenen und von diesem acceptirten Versprechen liegen. Solch' Versprechen liegt noch nicht darin, daß der Empfänger vom Frachtführer lediglich den Frachtbrief entgegennimmt, sei es vor, sei es nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsort, denn damit acceptirt er noch nicht die Offerte des Frachtführers stillschweigend, vielmehr bedarf es besonderer in Worten oder Handlungen sich ausprägender Verpflichtungserklärungen durch ihn, z. B. der Anweisung an den Frachtführer, das Gut ihm auszuhändigen oder der vorherigen Billigung des untersuchten Gutes (v. Hahn zu Art. 406 Anm. 7). Erhebt der Empfänger gegen den Frachtführer Klage auf Auslieferung von Gut und Frachtbrief, so liegt darin die Offerte des Empfängers, sich dem Frachtführer zu obligiren, die der Frachtführer seinerseits acceptiren kann. Nimmt der Empfänger umgekehrt nur das Frachtgut an, so wird, falls zugleich ein Frachtbrief ausgestellt ist, auch darin nicht nothwendig das Versprechen, die Fracht zu zahlen, liegen; doch kann dies der Fall sein, z. B. wenn der Empfänger den Frachtbrief eingesehen und daraufhin das Gut angenommen hat, anders, wenn die Ausstellung eines Frachtbriefes unterblieb oder ein Ladeschein ausgestellt war (vgl. zu alledem Schott S. 410).

3. **Nimmt dagegen der Empfänger Gut und Frachtbrief an,** so wird er kraft Nr. 3.
gesetzlicher Vorschrift verpflichtet, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten.[1])

a) **Annahme** von Gut und Frachtbrief. Annahme oder Abnahme ist der Nr. 4.
der Aus- oder Ablieferung entsprechende Willensakt auf Seite des Empfängers. Er braucht nicht nothwendig in der Gestalt der Uebernahme des unmittelbaren Besitzes von Gut und Frachtbrief sich zu vollziehen, es genügt schon, wenn der Frachtführer mit Willen des Empfängers die Waare bei einem Dritten niederlegt, ja es genügt schon ein Verwahrungsvertrag, den der Empfänger unter Verzicht körperlicher Aushändigung mit dem Frachtführer schließt. Dagegen liegt in der Verabredung, daß das Gut nach einem anderen Orte weiterzutransportiren sei und der Empfänger es dort abnehmen solle, Annahme im Zweifel nicht (O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 542). Gleichgültig ist, ob die Annahme von Gut und Frachtbrief am Destinationsorte oder einem dritten Orte erfolgt, ob sie auf Grund der Anweisung des Absenders oder gegen solche geschieht. Denn es handelt sich hier lediglich darum, ob der Empfänger dem Frachtführer zur Zahlung verpflichtet ist. Stets muß sie sich aber als Willensakt des Empfängers oder seines Vertreters darstellen. Das bloße Transportiren von Gut und Frachtbrief durch den Frachtführer in das Haus des Empfängers ist keine Annahme, sie wird zur solchen erst dann, wenn der Empfänger davon erfährt und durch sein Verhalten sein Einverständniß damit erkärt (Eger II S. 363). Die irrthümliche Annahme hört durch Anfechtung — soweit solche zulässig ist — auf, die Wirkungen einer Annahme zu äußern. Die Annahme bloß zum Zweck der Besichtigung des Gutes oder Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln — z. B. während des Transportes — ist keine Annahme im Sinne des § 436, wohl aber die Annahme unter Protest oder Vorbehalt hinsichtlich der Zahlung der Fracht (so auch Cosack S. 433), solch' einseitiger Vorbehalt nützt nichts.

Die Annahme muß sich auf das ganze Gut erstrecken, Annahme eines Theiles genügt nicht, wobei aber zu bemerken ist, daß möglicherweise ein Frachtbrief mehrere ganz getrennte Stückgüter umfassen kann, so daß dann jedes gesondert angenommen werden kann (R.O.H.G. XV S. 141 ff.).

Gleichgültig ist, ob die Annahme von Gut und Frachtbrief gleichzeitig oder successive geschieht (Eger II S. 363). — Daß der Frachtbrief nach der Annahme zu besonderen Zwecken, z. B. zum Zweck der Rektifizirung oder quittirt zurückgegeben wird, ist bedeutungslos.

b) Annahme **durch den Empfänger oder dessen Bevollmächtigten,** beziehungs- Nr. 5.
weise **Rechtsnachfolger.** Annahme durch Dritte, selbst wenn sie thatsächlich interessirt sind, z. B. als Kommittenten des Empfängers, hat diese Bedeutung nicht. Doch

[1]) Die Konstruktion ist bestritten. Von einer Cession (Eger) kann offenbar keine Rede sein, auch die Annahme einer Anweisung liegt nicht vor, denn der Frachtbrief enthält keine Anweisung. Ein selbständiger Vertrag zwischen Empfänger und Frachtführer (v. Hahn zu Art. 406 § 3) kann vorliegen, braucht es aber nicht stets.

Digitized by Google

können sich natürlich auch Dritte nach allgemeinen Grundsätzen dem Frachtführer selbständig zur Zahlung verpflichten.

Nr. 6. c) Der Empfänger wird zur **Erfüllung aller Forderungen aus dem Frachtvertrage nach Maßgabe des Frachtbriefes verpflichtet.** Dahin gehört vor Allem die Fracht, dann Spesenforderungen (Lagergelder, Liegegelder, Zoll- und Steuergebühren, Kosten ꝛc.), etwaige Frachtzuschläge (z. B. wegen unrichtiger Deklaration), denn er hat nicht bloß die dem Frachtführer selbst entstehenden, sondern alle vom Frachtführer geltend zu machenden Forderungen zu berichtigen, endlich die Nachnahmeforderungen, gleichgültig, ob es sich um Nachnahmen im Voraus oder nach Eingang handelt. Aber nur nach Maßgabe des Frachtbriefes wird er verpflichtet. Es erstreckt sich seine Verpflichtung also nur auf die im Frachtbrief verbrieften Forderungen[1]) und nur insoweit, als sie verbrieft sind. Hinsichtlich sonstiger Forderungen bedarf es eines besonderen Verpflichtungsgrundes auf Seiten des Empfängers,[2]) ohne einen solchen kann sich der Frachtführer nach Auslieferung des Gutes nur an den Absender halten. Doch ist zu beachten, daß der Frachtführer nur gegen Befriedigung aller Forderungen aus dem Frachtvertrag dem Empfänger auszuliefern braucht (§ 435) und daß sein wegen aller Forderungen aus dem Frachtvertrag bestehendes Pfandrecht noch drei Tage nach der Ablieferung unter den Voraussetzungen des § 440 Abs. 3 fortdauert.

Als im Frachtbrief verbrieft gelten die Forderungen aber auch schon dann, wenn der Frachtbrief auf sie indirekt verweist, z. B. durch Bezugnahme auf Begleitpapiere oder Reglements (Eger II S. 368, 371) — ohne daß er gerade den Betrag in Zahlen genau angiebt (R.O.H.G. XXI S. 182); dies gilt sogar von Vertragsstrafen und ähnlichen Nebengebühren (R.O.H.G. XXI S. 185).

Enthält der Frachtbrief irrthümliche Angaben, z. B. falsche Bezeichnung des Gewichts, falsche Berechnung der Fracht (Druckfehler R.G.E. VI S. 101), so kann der Empfänger, wie der Frachtführer den Irrthum geltend machen, jener z. B. die Frachtzahlung insoweit ablehnen, das zuviel Gezahlte zurückfordern, dieser den Mehrbetrag einklagen (R.O.H.G. VIII S. 195, IX S. 73, 74, vgl. Eger II S. 374 ff.; unten § 470).

Nr. 7. d) Der Empfänger wird dem **Frachtführer** verpflichtet. Wieweit er dem Absender verpflichtet wird, regelt sich nach bürgerlichem Recht. Bei einer Mehrheit von aufeinander folgenden Frachtführern hat er dem letzten Zahlung zu leisten (§ 441).

Nr. 8. e) Die Verpflichtung geht auf **Erfüllung**, sei es durch Baarzahlung, Aufrechnung oder sonst zulässige Weise. Die Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Beschädigung des Gutes u. s. w. gehen natürlich durch Annahme von Gut und Frachtbrief noch nicht verloren. Darüber bei § 438.

Nr. 9. f) Der Anspruch des Frachtführers gegen den Absender geht nicht mit Uebergabe von Gut und Frachtbrief verloren. Darüber bei § 442.

Nr. 10. 4. Das **alte** Recht (Art. 406) stimmt überein.

§ 437.

Ist der Empfänger des Gutes nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme oder ergiebt sich ein sonstiges Ablieferungshinderniß, so hat der Frachtführer den Absender unverzüglich hiervon in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisung einzuholen.

Ist dies den Umständen nach nicht thunlich oder der Absender mit der Ertheilung der Anweisung säumig oder die Anweisung nicht ausführbar, so ist der Frachtführer befugt, das Gut in einem öffentlichen Lagerhaus oder

---

[1]) Gleichgültig, ob sie von Anfang an in den Frachtbrief aufgenommen oder nachher, selbst durch einseitigen Vermerk des Frachtführers, hineingesetzt waren, sofern dies nur vor dem Moment der Verpflichtung des Empfängers geschah (Cosack S. 432).

[2]) Dahin gehört z. B. nicht bloß ein besonderes Versprechen, sondern es kommt in Betracht Verzug oder Delikt des Empfängers, Anweisung des Empfängers aus § 434 hinsichtlich der dadurch entstehenden Kosten, Kosten der Einbringung in das Haus des Empfängers, dann das Lager- oder Wagenstandgeld (Eisenbahn-Verkehrsordnung § 69 Abs. 5 u. dgl. m., Eger II S. 380).

Digitized by Google

sonst in sicherer Weise zu hinterlegen. Er kann, falls das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, das Gut auch gemäß § 373 Abs. 2 bis 4 verkaufen lassen.

Von der Hinterlegung und dem Verkaufe des Gutes hat der Frachtführer den Absender und den Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies unthunlich ist; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Entw. I § 411, II § 429; Denkschr. I S. 263, 264, II S. 3266. A. D. H.G.B. Art. 407.

1. Mit der Ankunft des Gutes am Destinationsort entsteht für den Empfänger ein selbständiges Recht auf Auslieferung des Gutes gegenüber dem Frachtführer; der Empfänger wird also damit Gläubiger des Frachtführers. Zu dem einen Gläubiger, dem Absender, tritt nun ein zweiter Gläubiger, der Empfänger. Und da die (Auslieferungs-)Leistung des Frachtführers an diesen zweiten Gläubiger geschehen soll,[1]) so ist der Empfänger derjenige, in dessen Person nun primär die Voraussetzungen des Annahmeverzuges vorliegen. Freilich kann auch der Absender hinsichtlich der Auslieferungsleistung des Frachtführers in Annahmeverzug gerathen, so wenn auf seine Anweisung das Gut ihm zurückgebracht wird; würde er sich weigern, das auf seine Anweisung zurückbeförderte Gut dem Frachtführer abzunehmen, so läge darin zugleich ein Leistungsverzug, denn er ist verpflichtet, dem Frachtführer das Gut wieder abzunehmen. Immerhin tritt dieser Fall zurück gegenüber dem eigentlich praktischen Fall, daß der Empfänger nicht annimmt. Nr. 1.

2. Der **Empfänger** geräth in Annahmeverzug, wenn er das ihm vom Frachtführer angebotene Gut nicht annimmt, sei es, daß er die Annahme rundweg verweigert oder Bedingungen stellt, auf die einzugehen der Frachtführer nicht gehalten ist, oder daß er sich weigert, die Verpflichtungen aus dem Frachtvertrag zu erfüllen (B.G.B. § 298). Solch' Annahmeverzug des Empfängers setzt voraus: Nr. 2.

a) Erwerb der Gläubigereigenschaft durch den Empfänger. Er ist deshalb — vom Fall des Ladescheins abgesehen (§ 447) — erst möglich mit dem Moment der Ankunft des Gutes am Destinationsort. Hätte der Frachtführer dem Empfänger, während das Gut auf dem Transport sich befindet, den Frachtbrief überschickt und darauf eine Erklärung des Empfängers, wonach dieser die Annahme des Gutes verweigere — erhalten, so läge zunächst die Annahmeverweigerung eines Nichtgläubigers vor, von Annahmeverzug eines Gläubigers ist hier solange keine Rede, als die Ankunft des Gutes am Destinationsorte nicht erfolgt und dann das Gut dem Empfänger nochmals angeboten ist, der Frachtführer ist ja zunächst auch gar nicht im Stande, die Leistung zu bewirken (B.G.B. § 297). Doch würde solchenfalls nach Ankunft des Gutes am Destinationsort wörtliches Angebot des Frachtführers genügen, um den Empfänger in Annahmeverzug zu setzen (B.G.B. § 295), denn der jetzt Gläubiger Gewordene hatte vorher erklärt, er werde die Leistung nicht annehmen. Nr. 3.

b) Er setzt ferner voraus, daß zur Bewirkung der Leistung des Frachtführers eine Annahme vom Empfänger überhaupt nöthig ist. War der Frachtführer angewiesen, das frankirte Gut bis zu einer bestimmten Stelle zu transportiren, es dort abzuladen und den Empfänger lediglich zu benachrichtigen, daß er das Gut abholen solle — so hat er nach Vornahme dieser Handlungen seine Leistung effektiv vorgenommen. Der Empfänger kann gegenüber dem Absender, aber nicht ihm gegenüber in Annahmeverzug gerathen. Nr. 4.

3. Die **Folge des Annahmeverzuges des Empfängers** ist nach bürgerlichem Recht, daß ihm gegenüber während des Verzuges der Frachtführer nur noch für dolus und culpa lata haftet und daß der Frachtführer ihm das Gut nur gegen Ersatz der Mehraufwendungen herauszugeben braucht, die für das erfolglose Angebot und die Auf- Nr. 5.

[1]) Die eigentliche Leistung des Schuldners — der auszuführende Transport — ist ja bereits erfolgt. Von einem Annahmeverzug mit Bezug auf diese ist in § 437 keine Rede. Solcher liegt vielmehr beim Absender vor, wenn dieser es unterläßt, das Gut dem zum Transport bereiten Frachtführer zu überlassen; gewöhnlich wird darin zugleich ein Leistungsverzug liegen.

Digitized by Google

bewahrung und Erhaltung des Gutes nöthig waren (B.G.B. §§ 300, 304). Auch wäre dem Empfänger gegenüber der Frachtführer zur Depositon, beziehungsweise Versteigerung des Gutes berechtigt nach Maßgabe von B.G.B. §§ 372 ff., 383 ff., Bestimmungen, die jedoch hier nicht ohne Weiteres zur Anwendung kommen können, weil neben dem Empfänger noch der Absender zu berücksichtigen ist.

Nr. 6. 4. § 437 befaßt sich nun nicht bloß mit dem Fall, daß der Empfänger wirklich in Annahmeverzug geräth, sondern mit allen Fällen, in denen ein **Ablieferungshinderniß**[1]) eintritt, so dem Fall, daß der Empfänger nicht zu ermitteln ist, daß höhere Gewalt die Ablieferung unmöglich macht, daß Streit über den Zustand des Gutes entsteht u. dgl. Er regelt für alle derartigen Ablieferungshindernisse Rechte und Pflichten des Frachtführers und zwar zunächst mit Rücksicht auf das Verhältniß zum Absender, sodann aber auch im Hinblick auf das Verhältniß zum Empfänger. Seine Bestimmungen sind aber nicht erschöpfend, sie lassen die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden Folgerungen unberührt.

Nr. 7. a) **Notifikationspflicht.** Der Frachtführer soll bei Eintritt des Ablieferungshindernisses zunächst die Pflicht haben, den Absender unverzüglich von dem Hinderniß in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisungen einzuholen (vgl. auch Eisenbahn-Verkehrsordnung § 70 Abs. 1). Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob das Dispositionsrecht des Absenders noch voll besteht oder eigentlich bereits erloschen ist (§ 433 Abs. 2). Auch in den letzteren Fällen soll er sich an den Absender wenden und dessen Weisungen einholen. Doch würde solchenfalls das Anweisungsrecht des Absenders und folglich die Einholungspflicht des Frachtführers nur dann Platz greifen, wenn der Empfänger des Gutes nicht zu ermitteln ist oder in Annahmeverzug sich befindet.[2]) Im Uebrigen wäre der Frachtführer gehalten, nur die Anweisungen des Empfängers zu beachten (§ 433 Abs. 2). Hätte z. B. nach Ankunft des Gutes am Destinationsort und Uebergabe des Frachtbriefes an den Empfänger ein Dritter Arrest auf das Gut gelegt oder wäre nun durch ein elementares Ereigniß (z. B. Krieg, Wassersnoth) die Ablieferung verhindert, so wäre die Anweisung des Empfängers und nicht die des Absenders einzuholen, denn der Frachtführer soll ja nun nur die Anweisungen des Empfängers beachten.

Ist Absender und Empfänger identisch, so cessirt die Pflicht, wenn Annahmeverzug vorliegt, natürlich ohne Weiteres.

Die Notifikations- und Informationspflicht gegenüber dem Absender ist nicht eine strikt ausnahmslose. Sie besteht nicht, wenn es „den Umständen nach nicht thunlich ist", z. B. wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, wenn der Frachtführer weiß, daß der Absender auf längere Zeit verreist ist, ohne Vertretung hinterlassen zu haben oder ihm sonst dessen Aufenthalt unbekannt ist, wenn die Notifikation mit großen Kosten verbunden ist u. dgl. Vgl. bei § 373 Nr. 20 und Planck zu B.G.B. § 374 Nr. 3. Den Beweis solcher Umstände hat der Frachtführer.

Nr. 8. b) **Hinterlegungsbefugniß.** Ist die Notifikation und Information des Absenders unthunlich oder ist der Absender[3]) mit der Ertheilung der Anweisung säumig — d. h. erfolgt die Ertheilung nicht in der nach Lage der Dinge gebotenen Frist — oder ist die Anweisung nicht ausführbar — wozu nicht gerade absolute Unausführbarkeit, sondern in Mißverhältniß zu dem Thatbestand stehende Möglichkeit der Ausführbarkeit gehört — so ist der Frachtführer befugt, das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einer Privatperson in sicherer Weise zu hinterlegen; hinsichtlich dieser Pflicht gilt das Gleiche, wie in § 373 Abs. 1 (vgl. § 373 Nr. 13, 15). Dem in Annahmeverzug befindlichen Empfänger gegenüber ist ohnehin der Frachtführer zur Deposition nach bürgerlichem Recht befugt — vgl. oben Nr. 5. Er kann aber auch das Gut bei sich behalten, dann haftet er dem Absender in alter Weise fort, dem Empfänger, falls dieser in Annahmeverzug ist, dagegen nur noch für dolus und lata culpa (B.G.B. § 300). Vgl. auch Eisenbahn-Verkehrsordnung § 70 Abs. 2.

---

[1]) Es muß sich aber um ein Ablieferungshinderniß handeln, nicht um ein Hinderniß in der Fortführung des Transportes. Dabei wird aber dauernde Unmöglichkeit der Ablieferung, auch wenn sie vor Vollendung des Transportes eintritt, hierher zu zählen sein (R.O.H.G. VIII S. 321).

[2]) Der Annahmeverzug des Empfängers kann auf einer culpa des Absenders beruhen oder ohne dessen Schuld eintreten; für die Informationspflicht des Frachtführers ist dies gleichgültig.

[3]) Das Entsprechende gilt vom Empfänger, soweit sich der Frachtführer an diesen zu wenden hat.

Digitized by Google

Von der erfolgten Hinterlegung hat er sowohl den Absender, wie den Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies unthunlich ist, sonst haftet er für Ersatz des daraus entstehenden Schadens; dies entspricht dem B.G.B. § 374 Abs. 2, gilt also auch dem Empfänger gegenüber bei dessen Annahmeverzug.

c) **Verkaufsbefugniß.** Ist das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Ver- Nr. 9.
zuge,[1]) so kann er (braucht es aber nicht) das Gut (ohne vorgängige Androhung) für Rechnung des Verfügungsberechtigten in Gemäßheit von H.G.B. § 373 verkaufen lassen,[2]) auch nach erfolgter Deposition des Gutes. Vom erfolgten Verkaufe hat er sowohl den Absender wie den Empfänger — soweit dies thunlich ist — zu benachrichtigen, sonst ist er diesen zum Schadensersatz verpflichtet. Erfolgt der Verkauf in öffentlicher Versteigerung, so sind von Zeit und Ort der Versteigerung Absender und Empfänger ebenfalls vorher zu benachrichtigen, um mitbieten zu können. Der Erlös ist nach Abzug der sämmtlichen, dem Frachtführer zustehenden Beträge dem Verfügungsberechtigten herauszugeben.[3])

d) Das Obige gilt entsprechend, wenn der Absender den Frachtführer nach § 433 Nr. 10.
Abs. 1 angewiesen hat, das Gut anzuhalten oder zurückzugeben und nunmehr unterläßt, über das Gut zu verfügen oder geradezu die Zurücknahme verweigert. Letzterenfalls können auch die Bestimmungen des B.G.B. § 326 über Leistungsverzug zur Anwendung gelangen.

4. Im Falle des § 437 werden die Betheiligten (Frachtführer, Empfänger, Ab- Nr. 11.
sender, aber auch Dritte, z. B. der Versender) häufig, um den Beweis sich zu sichern, ein Interesse daran haben, den Zustand des Gutes durch Sachverständige feststellen zu lassen, zumal wenn Streit über die Annahme oder den Zustand des Gutes entsteht (vgl. § 438 Abs. 2). Ueber solche Feststellung normirt dann die C.P.O. §§ 488 ff., vgl. dazu § 379 Nr. 25. Eine besondere Feststellung der Eisenbahn bei Verlust und Beschädigung des Gutes sieht die Eisenbahn-Verkehrsordnung § 71 vor, ohne den allgemeinen Grundsätzen vorbeugen zu wollen (ebenda § 72).

5. Das **ältere** Recht (Art. 407) wich nicht unwesentlich ab. Es verlangte für Nr. 12.
die Deposition und den öffentlichen Verkauf einen Gerichtsbeschluß und gestattete solchen nur in drei bestimmten Fällen (wenn der Destinatär nicht auszumitteln ist oder die Annahme verweigert oder Streit über die Annahme oder den Zustand des Gutes entsteht). Für vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Frachtverträge werden denn auch jene Beschränkungen auf die in Art. 407 genannten Fälle anzunehmen sein, dagegen wird die Extrahirung eines Gerichtsbeschlusses vom 1. Januar 1900 ab unzulässig sein. Der Frachtführer wird vielmehr auf eigene Gefahr zu handeln haben, da es sich in Art. 407 um ein prozessuales Institut handelte, das im neuen Recht nicht mehr anerkannt wird.

§ 438.

Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so sind alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag erloschen.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, soweit die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich nicht erkennbar ist, kann der Frachtführer nach der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, wenn der Mangel in der Zeit zwischen der Uebernahme des Gutes durch

---

[1]) Die Eisenbahn-Verkehrsordnung § 70 Abs. 3 stellt besondere Vorbedingungen für den Verkauf auf, der nach ihr ganz freihändig ohne Förmlichkeiten erfolgen kann.

[2]) Zur Rücksendung des Gutes ist der Frachtführer nur auf Grund besonderer Anordnung befugt. E.V.K.O. § 70 Abs. 1.

[3]) Dem in Annahmeverzug befindlichen Empfänger gegenüber hätte er außerdem das Recht zum Verkauf auch nach B.G.B. §§ 383 ff.; vgl. jedoch oben Nr. 5.

Digitized by Google

den Frachtführer und der Ablieferung entstanden ist und die Feststellung des Mangels durch amtlich bestellte Sachverständige unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme beantragt wird. Ist dem Frachtführer der Mangel unverzüglich nach der Entdeckung und binnen der bezeichneten Frist angezeigt, so genügt es, wenn die Feststellung unverzüglich nach dem Zeitpunkte beantragt wird, bis zu welchem der Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwartet werden darf.

Die Kosten einer von dem Empfangsberechtigten beantragten Feststellung sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt wird, für welche der Frachtführer Ersatz leisten muß.

Der Frachtführer kann sich auf diese Vorschriften nicht berufen, wenn er den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

Entw. I § 412, II § 430; Denkschr. I S. 264, 265, II S. 3266, 3267; A. D. H.G.B. Art. 408 Abs. 1, 2.

Das Gesetz stellt in Absatz 1 den besonderen Satz auf, daß durch Bezahlung der Fracht und der sonst auf dem Gut haftenden Forderungen, sowie der Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage erlöschen. Von diesem Satz werden dann aber in den Abs. 2—4 mehrere Ausnahmen gemacht.

Nr. 1. I. Die Bestimmung des **Abs. 1** ist keineswegs selbstverständlich. Sowenig der Käufer durch Bezahlung des Kaufpreises und Annahme der Waare seine Ansprüche gegen den Verkäufer aus dem Kaufvertrag einbüßt, so wenig hätte an sich Entgegennahme des Gutes und Bezahlung der Fracht die Folge des Verlustes der Ansprüche. Vielmehr würde die Annahme der Leistung als Erfüllung an sich nur die Beweislast verschieben (B.G.B. § 363) und die Zahlung der Fracht würde einen Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln nur so weit darstellen, als sie bei Kenntniß der Mängel vorbehaltlos geschah. Das Gesetz privilegirt jedoch den Frachtführer, um der Eigenartigkeit des Frachtgewerbes gerecht zu werden (Eger II S. 538), zumal dem Umstand, daß der Frachtführer gewöhnlich auf einer Reise eine ganze Anzahl von Frachtverträgen erledigt und es deshalb zweckmäßig erscheint, ihn nicht zu lange an einem Ort aufzuhalten. Es erblickt in gewissen Handlungen des Empfängers nicht bloß eine Präsumtion des Verzichtes, auch nicht bloß einen definitiven Verzicht (Eger a. a. O.) des Empfängers — ohne den Beweis des Gegentheils zuzulassen —, sondern knüpft an sie geradezu das Erlöschen der Ansprüche aus dem Frachtvertrage auch für die übrigen Betheiligten, vor Allem den Absender. Zumal diese letztere Folge ist eine auffällige, die Norm des Gesetzes erscheint offenbar als eine Ausnahmebestimmung, die deshalb analoger Ausdehnung nicht fähig ist (R.G.E. XXV S. 32).

Nothwendig ist:

Nr. 2. 1. **Annahme des Gutes.** Der Begriff ist hier der gleiche, wie in § 436. Insbesondere muß die Annahme auf einem freien Willensakt des Empfängers oder seines Vertreters beruhen (Eger II S. 550). Wird der Empfänger durch widerrechtliche Drohung gezwungen anzunehmen oder nimmt er irrthümlich an, so beseitigt die erfolgreiche Anfechtung der Annahme deren Wirkungen; über den Fall des dolus des Frachtführers unten. Bloßer Irrthum über Mängel des Gutes nützt jedoch nur unter den Voraussetzungen der Abs. 2—4. Im Falle gänzlichen Verlustes des Gutes ist von dessen Annahme überhaupt nicht die Rede. Dies ist von Wichtigkeit, wenn mehrere Stückgüter durch einen Frachtbrief dargestellt sind. Geht hier eines von ihnen verloren, so hebt die Annahme der übrigen Güter den Anspruch wegen Verlustes des Gutes nicht auf (R.O.H.G. XV S. 141, XI S. 34). Anders liegt der Fall bei einheitlichen Sendungen. Hier ist zu unterscheiden: Annahme eines Theiles des Gutes erzeugt das Präjudiz des § 438 nicht, denn das Gut, d. h. das ganze Gut, soll angenommen sein. Wird somit ein Theil zurückgewiesen, oder ist ein Theil noch auf dem Transport, so verliert durch Annahme des übrigen Theiles der Empfänger seine Rechte gegen den Frachtführer nicht, selbst wenn dies der größere

Digitized by Google

Theil ist (O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 240). Ebenso, wenn ein Theil, der sich als solcher äußerlich abhebt, verloren geht, z. B. von 9 Säcken einer verloren geht (Eger II S. 553, vgl. auch Eisenbahn-Verkehrsordnung § 90 Abs. 4); anders wenn das Gut innerlich an Gewicht, Menge u. dgl. einbüßt (Manko, Minderung), ohne daß äußerlich die Totalität zerstört wird. Hier liegt zwar ein Mangel des Gutes vor, aber das Gut wird angenommen.

Die Annahme des Gutes muß nach beendetem Transport erfolgt sein (anders in § 436), die Annahme während des Transportes kann das Präjudiz der Billigung des Transportes unmöglich erzeugen (Eger II S. 542, R.O.H.G. XIII S. 415, O.L.G. Hamburg in H. G.Z. X S. 44. Dagegen steht nichts im Wege, daß der Transport vorher zeitweilig unterbrochen war, ebenda S. 249). Die Annahme muß durch den Empfänger oder dessen Rechtsnachfolger geschehen sein. Weist der Absender den Frachtführer an, ihm das Gut zurückzugeben, so erzeugt die Annahme des Absenders das Präjudiz des § 438 nicht, von einer Billigung des Werkes der Transportirung kann hier keine Rede sein (R.G.E. XXII S. 146, 147, O.L.G. Hamb. in H. G.Z. X S. 96, IX S. 35, anders dasselbe Gericht in Bd. VI S. 256).

2. **Bezahlung der Fracht und der sonst auf dem Gut haftenden Forderungen.** Nr. 3. Dahin gehören alle Forderungen, wegen deren der Frachtführer ein Pfandrecht an dem Gute hat, also Spesen, Auslagen, Nachnahmeforderungen. Und zwar müssen sie sämmtlich bezahlt sein, bei nur theilweiser Zahlung greift § 438 nicht Platz (R.G.E. XXV S. 33). Auch müssen die auf diesem Gut haftenden Forderungen aus diesem Frachtvertrag bezahlt sein, nicht etwa Forderungen aus anderen Frachtverträgen, wenn etwa der Empfänger mit dem Frachtführer in laufender Rechnung steht. Die Zahlung jedenfalls der Fracht muß nach beendetem Transport geschehen sein. Folglich ist auf Frankosendungen § 438 nicht anwendbar (Eger II S. 557, R.O.H.G. XIII S. 415, R.G.E. XXV S. 32, a. A. Cosack S. 445). Die Zahlung muß durch den Empfänger oder einen Dritten mit Einverständniß des Empfängers erfolgen, Zahlung durch einen unbeauftragten Dritten oder Erlaß seitens des Frachtführers genügt nicht (Eger II S. 558, Schott S. 367). Der Zahlung steht gleich Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt; bloßes Zahlungsversprechen fällt nicht stets unter § 438, auch nicht Hingabe Zahlungshalber (theilweise a. A. Staub), kann aber in Zusammenhalt mit anderen Momenten die Annahme der Billigung des Transportes seitens des Empfängers involviren, welchenfalls dann aber nur der Empfänger, nicht die anderen Betheiligten ihre Ansprüche gegen den Frachtführer verlieren würden (R.G.E. XXV S. 32, Staub § 438 Anm. 5). — Hinsichtlich der Anfechtung der Zahlung wegen Willensmängel gilt das Gleiche wie bei der Annahme.

3. Annahme von Gut **und** Zahlung der Fracht sind nothwendig. Nr. 4. Weder die Annahme des Gutes allein (wie im Binnenschiffahrtsgesetz § 61), noch die Zahlung der Fracht allein vermögen die weitreichenden Folgen des § 439 zu erzeugen, sie können höchstens eine Billigungserklärung des Empfängers in sich schließen (Busch IX S. 241 f., 246, 247, R.O.H.G. XIII S. 415, XV S. 143, XIV S. 295). Daß sie beide gleichzeitig oder auch nur durch dieselbe Person erfolgen, ist nicht nothwendig, auch das successive Eintreten genügt, gleichgültig, welcher von beiden Akten zuerst erfolgt (Seuffert XLVIII S. 437, Eger II S. 543, 544).

4. Andererseits erzeugen Annahme und Zahlung die Folgen des § 438 auch Nr. 5. dann, wenn der Empfänger **einseitige Vorbehalte** macht; er hätte nicht zahlen sollen, wenn er sich seine Ansprüche vorbehalten wollte.[1]) Der einseitige Vorbehalt nützt nichts, er ist protestatio facto contraria (Eger II S. 544, vgl. auch Eisenbahn-Verkehrsordnung § 90 Abs. 3). Das Gesetz knüpft eben an Annahme und Zahlung die Folge des Verlustes der Ansprüche (R.O.H.G. I S. 182, XIII S. 416, O.L.G. Hamburg in Z. XXXVIII S. 239, H. G.Z. X S. 59). Doch haben wir es nicht mit zwingendem Recht zu thun. Der Empfänger kann mit dem Frachtführer übereinkommen, daß die gesetzliche Folge nicht oder nicht voll eintreten solle (R.O.H.G. I S. 182, XV S. 34, Busch XXX S. 202). Da solch' Uebereinkommen einer bestimmten Form nicht bedarf, so kann möglicherweise im Verhalten des Frachtführers auf die Vorbehalts-

[1]) Dies ist besonders wichtig für den Fall des § 430, da das Abandonsystem nicht gilt. Wenn auch die Verpflichtung besteht, das beschädigte Gut anzunehmen, so braucht doch das Aequivalent nur nach Abzug des Schadensbetrages entrichtet zu werden. Zahlt der Empfänger die Fracht voll aus, ohne den Abzug vorzunehmen, so verliert er seine Ansprüche, soweit er nicht nach Abs. 2, 3 vorgeht.

Digitized by Google

erklärung des Empfängers das Accept der Offerte, die Folge des Abs. 1 auszuschließen, liegen. Zu weit gehend aber ist es, wenn angenommen wird, daß jeder Frachtführer, der nicht Gegenprotest erhebe, die Offerte des Empfängers auf Ausschluß der gesetzlichen Folgen des § 438 acceptire; vielmehr bedarf es einer in Worten (z. B. Anerkennung der gerügten Mängel), Gesten oder Handlungen sich ausprägenden Annahmeerklärung des Frachtführers (aus der Praxis Busch IX S. 425 ff.). Daß dies der Fall ist, hat der Empfänger zu beweisen (Schott S. 368).

Nr. 6. 5. Die Folge besteht darin, daß **alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage erlöschen**, d. h.:

a) Nur die Ansprüche gegen den **Frachtführer** (d. h. sämmtliche für diesen Transport in Betracht kommenden Frachtführer), nicht also die Ansprüche des Empfängers gegen den Absender oder umgekehrt des Absenders gegen den Empfänger,[1]) ebensowenig Ansprüche gegen Spediteure, Kommissionäre, Versicherer u. s. w. (R.O.H.G. VIII S. 195, XXIV S. 289). Auch die Ansprüche des Frachtführers gegen den Empfänger sind von § 438 unberührt (Eger II S. 558).

Nr. 7. b) Nur die Ansprüche aus dem **Frachtvertrage**, also nicht Ansprüche aus einem besonderen Verwahrungsvertrage, aus selbständigem Delikt des Frachtführers, aus dinglicher Grundlage; auch nur Ansprüche aus diesem Frachtvertrage. Nicht hierunter fällt die condictio indebiti (R.O.H.G. XV S. 33, R.G.E. VI S. 104).

Nr. 8. c) **Alle** Ansprüche aus dem Frachtvertrage, gleichgültig, ob sie dem Empfänger oder dem Absender zustehen, ob sie im Frachtbrief verbrieft sind oder nicht, ob sie sich auf Beschädigung des Gutes, Versäumung der Lieferfrist oder sonstige Vertragsverletzung stützen (R.O.H.G. XV S. 34), auch die Ansprüche auf Rückzahlung zu viel bezahlter Fracht dann, wenn die Mehrbezahlung aus einer Vertragswidrigkeit, z. B. Ausführung des Transportes über eine zu weite Strecke, entspringt (R.O.H.G. XV S. 33).

Nr. 9. d) Die Ansprüche **erlöschen**, auch die bestellten Sicherheiten erlöschen. Das Erlöschen ist nur auf Antrag zu berücksichtigen (R.G.E. I S. 3, Eger II S. 564).

Nr. 10. II. **Abs. 2—5.** Von der Regel des Abs. 1 werden mehrere **Ausnahmen** gemacht, die sich entweder nur auf den Fall der Beschädigung oder Minderung des Gutes oder auf jeden Schaden beziehen.

a) Nur auf den Fall der Beschädigung oder Minderung des Gutes:

Nr. 11. α) Ist die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor dessen Annahme durch den Empfänger durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt worden, so tritt das Präjudiz des Abs. 1 nicht ein, gleichgültig, ob es sich um eine äußerlich erkennbare oder äußerlich nicht erkennbare Beschädigung handelt. Die Feststellung muß erfolgt sein vor der Annahme durch den Empfänger; wieweit nach der Annahme erfolgte Feststellung nützt, ist in Abs. 3 bestimmt. Sie muß erfolgt sein durch amtlich bestellte Sachverständige, erfolgt sie lediglich durch private Zeugen oder Sachverständige, so geht durch Annahme von Gut und Zahlung der Fracht der Anspruch verloren. (Weitergehend E.V.K.O. § 90 Abs. 2 Nr. 3, § 71; darüber bei § 464.) Als amtlich bestellte Sachverständige kommen jedoch nicht bloß solche in Frage, die vom Gericht bestellt sind (Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit § 164), sondern auch solche, „die von der zuständigen Behörde oder einem dazu ermächtigten Organ des Handelsstandes ein für allemal bestellt sind" (Denkschr. II S. 3266, vgl. Riesenfeld, die Anstellung von Handels- und Schiffahrtssachverständigen 1901, S. 34). Der Empfänger wird auch ohne besondere Begründung vom Frachtführer verlangen dürfen, daß ihm, bevor er das Gut annimmt, durch derartige Sachverständige eine äußere, den Betrieb des Frachtführers nicht störende Besichtigung erlaubt werde, und wird solange die Annahme verweigern dürfen. Die Besichtigung und Feststellung erfolgt dann nicht nach den Grundsätzen der C.P.O., sondern ohne besondere Formen in Gegenwart des Frachtführers. Hat der Empfänger besonderen Grund zur Annahme von Mängeln, so kann er sich auch an das Gericht wenden und die Feststellung nach C.P.O. § 488 betreiben.

Nr. 12. β) Ist die Beschädigung oder das Manko erst nach der Annahme durch den Empfänger festgestellt worden, so ist zu unterscheiden:

1. Die Fracht ist vom Empfänger überhaupt nicht bezahlt. Hier hat die Feststellung, solange der Anspruch gegen den Frachtführer noch nicht verjährt ist

[1]) Umgekehrt kann sich gerade der Empfänger dem Absender haftbar machen, wenn er die Fracht zahlt, z. B. wenn der Empfänger Kommissionär des Absenders ist, aus § 388 (R.O.H.G. VI S. 107), vgl. § 388 Nr. 5.

Digitized by Google

(§ 439), Bedeutung, es sei denn, daß der Empfänger auf die Geltendmachung des Anspruches durch sein Verhalten verzichtet hat.

2. Der Empfänger bezahlt nach der Feststellung die Fracht, darin liegt ein Verzicht des Empfängers, es sei denn, daß er mit dem Frachtführer den Vorbehalt der Ansprüche vereinbart.

3. Der Empfänger nimmt nach der Zahlung die Feststellung vor. Diesen Fall hat Abs. 3 im Auge. Er unterscheidet, ob die Mängel bei der Annahme des Gutes äußerlich erkennbar waren oder nicht. Ersterenfalls nützt dem Empfänger die nachträgliche Feststellung nichts mehr, weil er durch die Annahme des Gutes und Zahlung der Fracht auf die Geltendmachung solcher Mängel verzichtet hat. Letzterenfalls wirkt die nachträgliche Feststellung unter folgenden Voraussetzungen:

aa) Daß der Empfänger nachweist, der Mangel sei in der Zeit zwischen der Uebernahme des Gutes durch den Frachtführer und der Ablieferung an den Empfänger entstanden;

bb) Daß er unverzüglich nach der Entdeckung des Mangels und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme des Gutes (nicht Bezahlung der Fracht) die Feststellung des Mangels durch amtliche Sachverständige beim Gericht gemäß C.P.O. § 488 beantragt hatte. Doch kann der Empfänger die letztere Frist dadurch verlängern, daß er dem Frachtführer unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme des Gutes den Mangel anzeigt (mündlich oder schriftlich); solchenfalls darf er dann so lange warten, bis er den Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Ist diese Frist verstrichen, ohne daß eine Verständigung erzielt ist, so muß er dann unverzüglich den Antrag stellen.

cc) Besondere Vorschriften hinsichtlich der Eisenbahn in § 464.

γ) Die Kosten des Feststellungsverfahrens treffen den Empfänger, es sei Nr. 13.
denn, daß ein Mangel ermittelt wird, für den der Frachtführer haftbar ist; letzterenfalls treffen sie den Frachtführer. Der Empfänger, der sie auslegt, kann sie dem Frachtführer von der Fracht abziehen oder auf Ersatz klagen.

b) Auf jeden Schaden bezieht sich **Abs. 5.** Dem Frachtführer kommen Nr. 14.
die sämmtlichen Vorschriften dieses Paragraphen nicht zu Gut, wenn er (oder seine Leute § 431) den Schaden dolos oder grob kulpos herbeigeführt hat — gleichgültig, ob es sich um Beschädigung oder Manko des Gutes, Versäumung der Lieferfrist oder eine sonstige Vertragswidrigkeit handelt. Diese Voraussetzung muß der Anspruchsberechtigte nachweisen (vgl. Eisenbahn-Verkehrsordnung § 90 Abs. 2 Nr. 1).

c) Nach der Eisenbahn-Verkehrsordnung bleibt trotz Annahme des Gutes Nr. 15.
und Bezahlung der Fracht der Entschädigungsanspruch wegen Verspätung, wenn die Reklamation spätestens am vierzehnten Tage, den Tag der Annahme nicht mitgerechnet, schriftlich erhoben wird (§ 90 Abs. 2 Nr. 2).

III. Das **alte** Recht (Art. 408 Abs. 1, 2) wich in mehrfachen Beziehungen ab: Nr. 16.

1. Es maß der amtlichen Feststellung vor der Annahme (Abs. 2 des § 438) Bedeutung nicht bei.

2. Es erklärte im Falle des Abs. 3 des § 438 für genügend, daß die amtliche Feststellung unverzüglich nach der Entdeckung nachgesucht worden sei, ohne die Frist einer Woche aufzustellen, aber auch ohne der Anzeige an den Frachtführer jene im Absatz 3 ausgesprochene besondere Wirkung beizumessen.

3. Es enthielt keine Vorschrift über die Kostentragung.

4. Es ließ schlechtweg alle Ansprüche aus dem Frachtvertrag gegen den Frachtführer erlöschen, machte also die Ausnahme des Abs. 5 nicht.

Alle diese Abweichungen müssen für vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossene Frachtverträge fortgelten (E.B.G.B. Art. 170), denn es handelt sich um die Erlöschungsgründe für die Obligation des Frachtführers.

§ 439.

Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Dies gilt nicht für die im § 432 Abs. 3 bezeichneten Ansprüche.

Entw. I § 413, II § 431; Denkschr. I S. 265, II S. 3267; A. D. H.G.B. Art. 408 Abs. 3.

Digitized by Google

Hier ist im Großen und Ganzen auf § 414 zu verweisen. Insbesondere gilt:

Nr. 1. 1. Es handelt sich nur um Ansprüche gegen den Frachtführer. Die Ansprüche des Frachtführers gegen Empfänger, Absender oder Vormänner unterstehen der gewöhnlichen Verjährung des bürgerlichen Rechts. Nach B.G.B. § 196 Abs. 1 Nr. 3 verjähren die Ansprüche auf Fracht und Auslagen in zwei Jahren, die des Frachtflößers nach dem Flößereigesetz § 30 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 in einem Jahre. Der Schlußsatz des § 439 ist selbstverständlich.

Nr. 2. 2. Nur die Ansprüche wegen Verlustes, Mankos, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes unterstehen der Verjährung des § 439,[1]) nicht sonstige Ansprüche, z. B. wegen zu hoher Frachtforderung u. dgl. Hier normirt das bürgerliche Recht.

Nr. 3. 3. Die vorsätzliche Herbeiführung (§ 414 Abs. 4) schon durch die Leute des Frachtführers und durch die Unterfrachtführer genügt, um die Verjährung auszuschließen (§§ 431, 432 Abs. 1). Vgl. R.G.E. VII S. 129.

Nr. 4. 4. Ueber besondere Bestimmungen hinsichtlich der Eisenbahnen bei § 470.

Nr. 5. 5. Das ältere Recht (Art. 408 Abs. 3) enthielt die entsprechende Verweisung. Vgl. auch in dieser Hinsicht bei § 414.

§ 440.

Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, der Zollgelder und anderer Auslagen, sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute.

Das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer das Gut noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Auch nach der Ablieferung dauert das Pfandrecht fort, sofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist.

Die im § 1234 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichnete Androhung des Pfandverkaufs sowie die in den §§ 1237, 1241 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Benachrichtigungen sind an den Empfänger zu richten. Ist dieser nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme des Gutes, so hat die Androhung und Benachrichtigung gegenüber dem Absender zu erfolgen.

Entw. I § 414, II § 432; Denkschr. I S. 265, 266, 210, II S. 3267, 3268, 3262; A. D. H.G.B. Art. 409.

§ 440 behandelt das **gesetzliche Pfandrecht** des Frachtführers am Frachtgute, und zwar Abs. 1 dessen Voraussetzungen, Abs. 2 und 3 dessen Dauer, Abs. 4 gewisse Besonderheiten in dessen Realisirung.

A. **Voraussetzungen.** Die Voraussetzungen sind hier enger als beim Kommissionär, stehen dagegen ziemlich nahe denen beim Spediteur (§ 410), nur daß hier die Person des Empfängers mit in Betracht kommt.

Nr. 1. 1. Der Frachtführer hat das gesetzliche Pfandrecht nicht wegen aller ihm zustehenden Forderungen aus laufender Rechnung in Frachtgeschäften, sondern nur **wegen der durch diesen Frachtvertrag für ihn begründeten Forderungen** (Prinzip der Konnexität), gleichgültig, ob sie im Frachtbrief niedergelegt sind oder nicht,[2]) ob sie

[1]) Diese tritt an Stelle der Verjährung des B.G.B. §§ 638, 639.

[2]) Umgekehrt würde der Umstand, daß sie im Frachtbriefe stehen, nicht über die Natur der Forderungen entscheiden.

Digitized by Google

gegen Absender, Empfänger oder Beide zustehen. Das Gesetz zählt exemplikativ auf: Fracht- und Liegegelder,[1]) Zollgelder, andere (gerechtfertigte) Auslagen und auf das Gut geleistete Vorschüsse. Es kommen aber noch weitere in Betracht, z. B. Schadensersatzforderungen, Prozeßkosten u. s. w. (Eger II S. 636, Schott S. 382). Zu den Vorschüssen würden die Nachnahmen (Werth- und Spesennachnahme) im Voraus gehören, die der Frachtführer dem Absender[2]) oder einem forderungsberechtigten Vormann geleistet hat nebst den Nachnahmeprovisionen (E.V.H.O. § 62 Abs. 2). Dagegen würden die Nachnahmen nach Eingang nicht dahin zu zählen sein, denn hier handelt es sich gar nicht um Forderungen des Frachtführers, sondern um solche des Absenders oder eines Vormannes, deren Einziehung dem Frachtführer vorgeschrieben war, von einer Auslage des Frachtführers kann hier keine Rede sein (R.O.H.G. XV S. 201, Eger II S. 628, a. A. Schott S. 383).[3]) — Die Forderungen müssen dem Frachtführer zustehen, wegen Forderungen eines Dritten, z. B. des Absenders oder eines Vormannes, hat er kein gesetzliches Pfandrecht, doch kann er möglicherweise das Pfandrecht eines Vormannes ausüben (vgl. § 441). Und zwar müssen sie ihm als Frachtführer, nicht etwa als Verwahrer oder aus einem sonstigen besonderen, bei Gelegenheit der Ausführung des Transportes erworbenen Rechtstitel zustehen. Sie müssen ihm zustehen gegen die aus dem Frachtvertrag Verpflichteten, also den Absender oder möglicherweise Empfänger. Forderungen gegen Dritte, z. B. einen Vormann, kommen als Forderungen aus dem Frachtvertrage nicht selbständig in Betracht. Hätte z. B. der Frachtführer den Vormann für eine diesem in Wahrheit gar nicht zustehende Forderung durch Nachnahme im Voraus befriedigt, oder hätte er ihm einen Vorschuß wegen einer Forderung, die gar nichts mit dem Transport zu thun hat, gemacht, so hätte er zwar einen Anspruch gegen den Vormann, aber nicht nothwendig eine Forderung gegen den Absender oder Empfänger, denn es handelt sich hier nicht nothwendig um eine gerechtfertigte Auslage (a. A. R.O.H.G. XX S. 190, XXIV S. 288, vgl. bei § 411 Nr. 2).

2. Das Pfandrecht des Frachtführers besteht am **Frachtgut**, d. h. dem Gut, Nr. 2.
das der Frachtführer zum Transport auf Grund dieses Frachtvertrages erhalten hatte. Und zwar besteht es am gesammten Frachtgut. Ueber den Begriff des Gutes siehe bei § 397 Nr. 11. Ist Gegenstand des einheitlichen Frachtvertrages der Transport mehrerer selbständiger Waaren, so besteht das Pfandrecht an allen, selbst wenn die Auslage nur im Hinblick auf ein einzelnes Objekt stattgefunden hat.

3. Ob das Frachtgut dem Absender oder Empfänger gehört oder nicht, ist gleich- Nr. 3.
gültig, sofern der Frachtführer nur im Moment des receptum des guten Glaubens ist, daß der Absender befugt war, über das Gut zu Zwecken des Transportes zu verfügen. (Vgl. hierüber bei § 366 Nr. 21.)

4. Das Pfandrecht entsteht mit dem Moment, in dem der Frachtführer das Nr. 4.
Gut auf Grund des Frachtvertrages in Empfang nimmt („annimmt" § 429). Es ist also nothwendig, daß der Frachtvertrag bereits geschlossen war, vorherige Empfangnahme des Gutes erzeugt das Pfandrecht erst mit dem Abschluß des Frachtvertrages. Andererseits genügt schon die Empfangnahme, es ist nicht nothwendig, daß der Transport begonnen hat (Eger II S. 640).

B. **Dauer des Pfandrechts.** Das Pfandrecht dauert zunächst — gleich dem des Nr. 5.
Kommissionärs (§ 397), Spediteurs (§ 410) und Lagerhalters (§ 421) —, solange der Frachtführer das Gut in Besitz hat, unmittelbarem oder nur mittelbarem, sei es, daß er das Gut einem Nachmann ausliefert, der das Pfandrecht für ihn ausübt (§ 441), oder daß er es nach § 437 Abs. 2 bei einem Dritten deponirt, oder daß er sonst den mittelbaren Besitz behält. Es ist auch nicht nothwendig, daß der Frachtvertrag fortbesteht, das Pfandrecht dauert fort auch nach Beendigung des Frachtvertrages, z. B. durch Widerruf des Absenders.

---

[1]) Für solche besteht das Pfandrecht auch dann, wenn sie durch das Verhalten des Empfängers bei Beendigung des Transportes begründet sind (R.G.E. XV S. 76).

[2]) Die Befugniß des Absenders, Nachnahmen auf das Gut zu legen, braucht der Frachtführer natürlich nicht zu prüfen, nur bei betrügerischer Kollusion mit dem Absender würde ihm die replicatio doli entgegenstehen.

[3]) Pappenheim S. 50 verneint, daß der Frachtführer überhaupt ein Pfandrecht wegen der dem Absender geleisteten Werthvorschüsse habe, wie mir scheint, mit Unrecht.

Digitized by Google

Aber das Pfandrecht dauert — abweichend von denen des Kommissionärs, Spediteurs und Lagerhalters — auch nach dem freiwilligen Verlust des Besitzes des Frachtführers noch unter gewissen Voraussetzungen fort:[1]

Nr. 6. a) Erste Voraussetzung ist, daß das Gut an den Empfänger abgeliefert ist. Geht der Besitz dem Frachtführer auf andere Weise verloren, z. B. durch Rückgabe an den Absender, durch Aushändigung an einen unbefugten Dritten, so erlischt das Pfandrecht. Die Ablieferung braucht nicht gerade unmittelbar an den Empfänger zu geschehen, es genügt, daß an einen Dritten mit Einwilligung des Empfängers abgeliefert wird, der für den Empfänger besitzt, z. B. die Zollstelle.

Nr. 7. b) Daß der Frachtführer binnen drei Tagen nach der Ablieferung das Pfandrecht gerichtlich geltend macht, sei es, daß er die Klage auf Herausgabe des Pfandes nach B.G.B. § 1231 anstellt oder daß er den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung behufs Pfandverkaufes stellt, die bloße Klage auf Zahlung der Fracht genügt nicht, da darin nicht eine Geltendmachung des Pfandrechts liegt (Eger II S. 642, 643). Berechnung der drei Tage B.G.B. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1, 193. Die Frist läuft vom Moment der vollendeten Ablieferung.[2]

Nr. 8. c) Daß dann — zur Zeit der Geltendmachung — das Gut noch im — unmittelbaren oder mittelbaren — Besitz des Empfängers ist. Hat dieser inzwischen den Besitz aufgegeben, so cessirt das Pfandrecht. Dagegen steht nichts im Wege, daß der Empfänger nachher den Besitz aufgiebt. Stets aber greift gegenüber dem Frachtführer der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" zu Gunsten eines dritten redlichen Besitzerwerbers Platz. Würde also der Empfänger vor oder nach Ablauf der dreitägigen Frist einem redlichen Dritten ein Pfand an der Sache bestellt haben, so ginge dieser dem Frachtführer nach allgemeinen Grundsätzen vor.

Nr. 9. d) Im internationalen Eisenbahnfrachtverkehr (Berner Vertrag Art. 21) ist diese Fortdauer des Pfandrechts nicht anerkannt.

Nr. 10. C. **Wirkung des Pfandrechts.** Der Frachtführer hat ein wirkliches Pfandrecht, nicht ein bloßes Zurückbehaltungsrecht. Ueber letzteres unten Nr. 14. Im Konkurse des Absenders, beziehungsweise Empfängers macht es sich als Absonderungsrecht geltend (K.K.O. § 49 Nr. 2). Gegenüber Pfändungen hat er Widerspruch nach C.P.O. § 771, solange er den Besitz des Gutes, sei es unmittelbaren, sei es mittelbaren (letzteren z. B. durch Ladeschein, R.G.E. IX S. 428) hat, dagegen im Falle des Abs. 3 des § 440 nur Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage nach C.P.O. § 805. Im Uebrigen vgl. bei § 398 Nr. 1. Das Pfandrecht geht auch dem Verfolgungsrecht des Absenders vor, vgl. bei § 410 Nr. 2. Die Realisirung des Pfandrechts geschieht nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. §§ 1228 ff.) mit zwei Besonderheiten:

Nr. 11. 1. An die Stelle der im B.G.B. § 1234 bestimmten monatlichen Frist tritt eine wöchentliche, und zwar auch dann, wenn das Frachtgeschäft auf Seite des Absenders kein Handelsgeschäft war (§ 368 Nr. 7).

Nr. 12. 2. Die Verkaufsandrohung des B.G.B. § 1234 und die Benachrichtigungen des B.G.B. § 1237, § 1241 sind nicht an den Eigenthümer des Pfandgutes, noch an den Absender (B.G.B. § 1248), sondern an den Empfänger zu richten, weil das Pfandrecht gewöhnlich am Destinationsorte ausgeübt wird, weshalb es naturgemäß erscheint, den Empfänger prima facie als Gegenpartei zu behandeln (Denkschr. II S. 3268). Nur in dem Fall, wenn dieser nicht zu ermitteln ist oder die Annahme des Gutes verweigert, sollen die Erklärungen an den Absender erfolgen. — Handelt es sich überhaupt um Geltendmachung des Pfandrechts nur gegenüber dem Absender, z. B. wenn dieser den Frachtführer angewiesen hat, das Gut zurückzugeben (§ 433), so sind sie selbstverständlich überhaupt nur an den Absender zu richten.

Nr. 13. D. Der Absender kann mit dem Frachtführer den **Ausschluß des Pfandrechts** vereinbaren. Damit würde freilich noch nicht das Pfandrecht für Forderungen des Frachtführers gegen den Empfänger beseitigt sein, allein die Parteien können die Wirkung der Vereinbarung nach den Grundsätzen über den Vertrag zu Gunsten Dritter auch auf den Empfänger ausdehnen.

---

[1]) Grund ist, daß der Frachtführer im Leben häufig abliefern muß, bevor er die Fracht erhält, schon damit der Empfänger die Waare untersuchen kann.

[2]) Macht der Frachtführer nicht binnen drei Tagen sein Pfandrecht gerichtlich geltend, so geht es verloren, es wacht auch nicht dadurch wieder auf, daß der Empfänger ihm nachher das Gut zurückgiebt (Schott S. 385).

Digitized by Google

E. Außer dem Pfandrecht hat der Frachtführer das **bürgerliche Zurückbehaltungsrecht** nach B.G.B. §§ 273, 274 sowohl gegenüber dem Absender wie gegenüber dem Empfänger; ferner hat er **gegenüber dem Absender** das **kaufmännische Zurückbehaltungsrecht** des § 369. Doch wird letzteres nicht übermäßig praktisch werden. Es ist hier auf das bei § 410 Nr. 10 Bemerkte zu verweisen. Insbesondere ist auch hier hervorzuheben, daß das Retentionsrecht gegenüber dem Empfänger nur unter den Voraussetzungen des § 369 Abs. 2 wirkt. Ist der Empfänger zum Frachtführer in besondere vertragliche Beziehungen getreten, sei es vor, sei es nach Abschluß des Frachtvertrages, so kann dem Empfänger gegenüber ein selbständiges kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht des Frachtführers entstehen, das aber dann umgekehrt gegenüber dem Absender nicht ohne Weiteres wirkt. Das kaufmännische Retentionsrecht wirkt nicht gegenüber dem Verfolgungsrecht des Absenders (§ 369 Nr. 20). Nr. 14.

F. Das **alte** Recht (Art. 409) hob die auf das Gut geleisteten Vorschüsse nicht hervor, und es war streitig, ob das Pfandrecht wegen ihrer bestand, wenn sie nicht zugleich Nachnahmen waren (vgl. Schott bei Endemann III S. 382). Wer dies verneint, muß für die vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Frachtverträge das Pfandrecht wegen Vorschüsse verneinen. — Hinsichtlich des Inhaltes des gesetzlichen Pfandrechts vgl. das bei § 368 Nr. 9 Bemerkte. Nr. 15.

§ 441.

Der letzte Frachtführer hat, falls nicht im Frachtbrief ein Anderes bestimmt ist, bei der Ablieferung auch die Forderungen der Vormänner sowie die auf dem Gute haftenden Nachnahmen einzuziehen und die Rechte der Vormänner, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben. Das Pfandrecht der Vormänner besteht so lange als das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

Wird der vorhergehende Frachtführer von dem nachfolgenden befriedigt, so gehen seine Forderung und sein Pfandrecht auf den letzteren über.

In gleicher Art gehen die Forderung und das Pfandrecht des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur und den nachfolgenden Frachtführer über.

Entw. I § 415, II § 433; Denkschr. I S. 266, 267, II S. 3268; A. D. H.G.B. Art. 410.

§ 441 geht dem § 411 parallel, auf den deshalb zu verweisen ist. Auch hier werden zwei Fälle unterschieden:

1. **Der letzte Frachtführer befriedigt die Vormänner** (Frachtführer, Spediteure) wegen ihrer Forderungen aus dem Fracht- beziehungsweise Speditionsvertrage **nicht**, zahlt auch nicht die Werthnachnahmen im Voraus. Dann hat er, sofern nicht ein Vormann im Frachtbrief oder außerhalb desselben eine gegentheilige Anweisung ertheilt hat, bei der Ablieferung an den Empfänger nicht bloß die eigenen Forderungen, sondern auch die Forderungen der Vormänner sowie die auf dem Gute haftenden Nachnahmen einzuziehen und die Rechte der Vormänner, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben, das Pfandrecht der Vormänner bleibt solange bestehen, als das Pfandrecht des letzten Frachtführers. Nr. 1.

a) Das Gesetz statuirt ein Recht und eine Pflicht zur Einkassirung (gesetzliches Einkassirungsmandat, Knittel S. 55) für den letzten Frachtführer hinsichtlich aller aus dem Frachtvertrage sich ergebenden Forderungen der Vormänner und der auf dem Gute haftenden Nachnahmen — sowie zur Ausübung sonstiger Rechte der Vormänner.[1]) Von dieser Pflicht ist der letzte Frachtführer nur befreit durch andersartige Bestimmung im Frachtbrief oder durch besonderen Erlaß seitens der Betheiligten. Nr. 2.

Die Nichterfüllung dieser Pflicht macht den Frachtführer gegenüber den Vormännern und dem Absender verantwortlich. Darüber bei § 442. Ist ein Ladeschein

[1]) Daß ein Frachtbrief oder gar ein durchgehender Frachtbrief ausgestellt wird, ist nicht nothwendig. Die Bestimmung greift also auch Platz, wenn überhaupt kein Frachtbrief ausgestellt ist, also nicht bloß für den Fall der Sammtfrachtführer (§ 432).

Digitized by Google

ausgestellt, so muß die Einkassirungspflicht im Ladeschein vermerkt sein, denn der nachfolgende Frachtführer wird nach § 449 nur nach Maßgabe des Scheins verpflichtet.

Nr. 3. b) Den Vormännern bleiben in diesem Falle ihre Forderungen nebst deren Pfandrechten. Der Frachtführer zieht sie nur ein, übt nur deren Rechte aus (und zwar alle Rechte, so auch das Verkaufsrecht des § 437 Abs. 2), als deren gesetzlicher Vertreter, muß sich also Einreden aus deren Person gefallen lassen, er detinirt das Frachtgut hinsichtlich der Pfandrechte der Vormänner für diese.[1]) Außerdem hat er gegen den Empfänger eigene Rechte aus dem von ihm ausgeführten Transport. Diese Rechte, vor Allem das Pfandrecht, treten zu den Rechten der Vormänner als besondere hinzu. Bei Kollision zwischen ihnen geht natürlich das eigene Recht vor (Schott S. 448). Es bestehen dann also mehrere gesetzliche Pfandrechte an demselben Gut nebeneinander. Darüber bei § 443. — Den Vormännern bleibt es unbenommen, ihre Rechte selbst geltend zu machen.

Nr. 4. 2. **Der folgende Frachtführer befriedigt** den vorgehenden Frachtführer oder Spediteur, oder der folgende Spediteur befriedigt den vorgehenden Spediteur oder Frachtführer wegen dessen Forderungen, dann gehen Forderungen (gleichgültig, ob sie im Frachtbrief verzeichnet sind oder nicht) und Pfandrecht kraft gesetzlicher Vorschrift auf ihn über. Er übt sie nicht bloß aus für den Vormann, sondern der Vormann hat sie nicht mehr, sie sind die seinigen geworden.[2]) Der letzte Frachtführer ist solchenfalls der alleinige Gläubiger und der alleinige Pfandberechtigte. Verabsäumt er es, sein Pfandrecht gegen den Empfänger geltend zu machen, so treten die Folgen des § 442 ein.

Nothwendig ist auch hier, daß der Nachmann den Vormann wegen einer wirklichen Forderung desselben befriedigt, damit der gesetzliche Uebergang eintritt. In dieser Beziehung ist gegen die herrschende Meinung auf das bei § 411 Nr. 2 Bemerkte zu verweisen.

Nicht fällt unter Abs. 2, 3 also der Fall, daß der zweite Frachtführer dem ersten Frachtführer oder Spediteur den von diesem gar nicht verauslagten Werthnachnahmebetrag zu dem Zwecke auszahlt, daß dieser ihn dem Absender zuführt; denn hier hatte der Vormann gar keine Forderung aus dem Frachtvertrag. Vielmehr würde solchenfalls ein eigenes Forderungs- und Pfandrecht des zweiten Frachtführers aus § 440 entstehen.

Nr. 5. 3. Das alte Recht (Art. 410) stimmte überein.

§ 442.

Der Frachtführer, welcher das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, ist den Vormännern verantwortlich. Er wird, ebenso wie die vorhergehenden Frachtführer und Spediteure, des Rückgriffs gegen die Vormänner verlustig. Der Anspruch gegen den Empfänger bleibt in Kraft.

Entw. I § 416, II § 434; Denkschr. I S. 266, 267, II S. 3268; A. D. H. G. B. Art. 412.

Nr. 1. 1. Durch Ablieferung des Gutes an den Empfänger geht der letzte Frachtführer natürlich seines **Anspruches gegen den Empfänger** nicht verlustig, ebensowenig dadurch, daß er durch Nichtgeltendmachung seines Pfandrechts binnen drei Tagen das eigene Pfandrecht und das der Vormänner einbüßt. Vielmehr wird ja gerade durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefes der Empfänger zur Zahlungsleistung nach § 436 dem Frachtführer verpflichtet. Der Anspruch des Frachtführers gegen den Empfänger erlischt vielmehr nur nach allgemeinen Grundsätzen. Dies gilt gleichmäßig für den Fall, daß der Frachtführer seine Vormänner befriedigt und nicht befriedigt hat.

---

[1]) Doch hat der Umstand, daß er das Pfandrecht für sie ausübt, die bedeutsame Wirkung, daß es solange fortdauert, wie sein eigenes Pfandrecht, folglich dauert das Pfandrecht des Vormannes, der Spediteur ist, auch über die Ablieferung fort (§ 440 Abs. 2, v. Hahn zu Art. 410 § 6).

[2]) Bemessen sich also in der Dauer aus seiner Person. Ueber die Konstruktion bei § 411 Nr. 2.

Digitized by Google

2. Dagegen liegt der Fall anders hinsichtlich des **Anspruchs des ablieferndenFrachtführers gegen seine Vormänner** (Frachtführer, Spediteure). Indem der Frachtführer das Gut von den Vormännern übernahm, hat er, falls er sie wegen ihrer Forderungen nicht befriedigte (Nachnahme nach Eingang), nach gesetzlicher Auffassung ein Einkassirungsmandat übernommen. Kraft dieses Mandates ist er verpflichtet, die Forderungen der Vormänner und die auf dem Gute haftenden Nachnahmen einzuziehen, insbesondere auch das Pfandrecht der Vormänner auszuüben (§ 441). Unterläßt er dies, liefert er also das Gut ohne Bezahlung aus, und macht er das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung an den Empfänger gerichtlich geltend, so ist er den Vormännern für den diesen entstehenden Schaden verantwortlich, denn er hat das Mandat nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Er verliert aber auch seinerseits den Rückgriff gegen die Vormänner. Er kann von den Vormännern insbesondere nicht Ersatz der ihm durch die Ausführung des Mandats erwachsenen Kosten verlangen. Denn die Vormänner hafteten ihm nur unter der Voraussetzung, daß er das Mandat ausführen, d. h. das Gut nur unter Wahrung der ihnen zustehenden Rechte an den Empfänger ausliefern würde. Nr. 2.

3. Das Gleiche gilt aber auch, wenn der Frachtführer die Vormänner wegen ihrer Forderungen befriedigte (Nachnahme im Voraus). Freilich kann den Vormännern ein unmittelbarer Schade aus der Ablieferung des Gutes an den Empfänger insofern nicht erwachsen, als sie ja das ihnen Zukommende bereits erhalten haben; der sie befriedigende Nachmann trägt selbst die Gefahr seines unklugen Verhaltens. Wohl aber ist es möglich, daß der Absender sie wegen vertragswidrigen Verhaltens belangt (Fall des § 432); dann würde ihnen der letzte Frachtführer für den ihnen entstehenden Schaden aufzukommen haben. Und andererseits handelt es sich darum, ob der letzte Frachtführer gegen sie einen Rückgriff hat. Diesen Rückgriff hat der Frachtführer durch Ablieferung an den Empfänger ohne Geltendmachung der ihm zustehenden Rechte verwirkt. Die Vormänner hafteten für Nichteingang der Nachnahmen nur unter der Voraussetzung, daß der ablieferude Frachtführer alle ihm zustehenden Rechte gegen den Empfänger ausübte. Das Unterlassen der Ausübung hat den Verlust des Rückgriffs gegen sämmtliche Vormänner zur Folge, der Frachtführer kann nicht die gezahlte Nachnahme zurückfordern, er hat es schuldhaft unterlassen, die ihm zustehenden Rechte auszuüben. Doch bezieht sich dies nur auf die Forderungen aus dem Transportgeschäft; es bleibt der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bestehen (Prot. S. 4765, Eger II S. 720). Nr. 3.

4. Aber das Gesetz geht weiter. Es läßt nicht bloß den ablieferndenFrachtführer der Rechte gegen die Vormänner, sondern auch die vorgehenden Frachtführer und Spediteure ihrerseits des Rückgriffs gegen ihre Vormänner verlustig gehen. Hätte also der vorletzte Frachtführer den letzten Frachtführer für den diesem durch vorzeitige Ablieferung an den Empfänger erwachsenen Schaden freiwillig oder kraft besonderen Verpflichtungsgrundes schadlos gehalten, so hätte er doch seinerseits keinen Rückgriff gegen seine Vormänner, sofern er nicht nachweist, daß der letzte Frachtführer unter Wahrung der Rechte der Vormänner die Ablieferung an den Empfänger vorgenommen hat. Das Gleiche würde gelten, wenn ein Vormann vergeblich den Empfänger ausgeklagt hätte. Auch in diesem Falle kann er sich nicht an seine Vormänner halten, wenn er nicht nachweist, daß der ablieferude Frachtführer deren Rechte gewahrt hat. Jeder Vormann übernimmt also die Haftung, daß die Nachmänner ordnungsmäßig gegen den Empfänger vorgehen — ein Verhältniß, das den aus einer Tratte sich ergebenden Regreßansprüchen durchaus homogen ist. Nr. 4.

5. Unter **Vormännern** sind hier nicht bloß die sämmtlichen Spediteure und Frachtführer zu verstehen, die dem ablieferndenFrachtführer vorausgehen, sondern es gehört auch dahin der Absender,[1]) dagegen nicht der hinter diesem stehende Versender. Nr. 5.

6. Verfährt der letzte Frachtführer ordnungsgemäß, d. h. liefert er das Gut überhaupt nicht aus, oder macht er das Pfandrecht gehörig geltend, oder wurde er ohne sein Verschulden, z. B. durch Verfügung der Staatsgewalt, zur Auslieferung des Gutes gezwungen (R.O.H.G. XIX S. 219) oder an der wirksamen Geltendmachung des Pfandrechts gehindert (z. B. dadurch, daß ein Dritter nach der Ablieferung den Nr. 6.

[1]) Vgl. Schott S. 455, Eger II S. 730.

Digitized by Google

Besitz des Gutes erlangt, Eger II S. 702[1]), so bleiben ihm — falls er nicht zur Befriedigung gelangt — seine Regresse, d. h.:

Nr. 7. a) Sind die Vormänner von ihm nicht befriedigt worden (Nachnahme nach Eingang, Fall des § 441 Abs. 1), so hat er nur Anspruch gegen den Absender hinsichtlich der auf seinen Theil entfallenden Frachten, Auslagen u. s. w. Ein Anspruch gegen den Vormann bedarf eines besonderen Rechtstitels.

Nr. 8. b) Im Falle der Nachnahme im Voraus hat er Anspruch gegen den unmittelbaren Vormann auf Rückzahlung des an diesen Geleisteten aus B.G.B. § 812; ferner hat er Anspruch gegen den Absender auf Ersatz der gemachten Vorschüsse, Auslagen, Zahlung der Fracht u. s. w. Dagegen hat er nicht Anspruch gegen den unmittelbaren Vormann auf Zahlung der auf seinen Theil entfallenden Fracht u. s. w. Denn der Vormann steht nicht nothwendig im Verhältniß eines Gegenkontrahenten des Frachtvertrages zu ihm (Knittel S. 94, Schott S. 452). Vielmehr bedarf es zu einem solchen Anspruche eines besonderen Rechtsgrundes. Praktisch freilich löst der Vormann auch diesen Betrag stets ein. Anspruch gegen einen weiter zurück stehenden Vormann hat er überhaupt nicht. Sprungregreß ist nicht anerkannt.

Nr. 9. c) Der ihn befriedigende Vormann hat dann wieder Regreß gegen seinen unmittelbaren Vormann auf Rückzahlung des an diesen Geleisteten aus B.G.B. § 812. Hat der Vormann auch einen Anspruch gegen den Absender? Im Falle der Nachnahme nach Eingang zweifellos, da ja sein Recht bestehen blieb. Wie aber im Falle der Nachnahme im Voraus? Hier ist ja das Recht des Vormanns gegen den Absender auf den Nachmann nach § 441 Abs. 2 übergegangen. Lebt es nun wieder durch Einlösung seitens des Vormanns auf? Dies ist zu verneinen, es bedarf einer besonderen Rückabtretung durch den Nachmann an den Vormann. Doch wird man diese meist als gegeben annehmen dürfen. Weitergehend Pappenheim S. 60, der eine cessio legis auch hier kraft Gewohnheitsrechts annimmt.

Nr. 10. d) Fällt der erste Vormann gegenüber dem Absender aus, so kann er, soweit er unter der Voraussetzung gehöriger Befriedigung seinem Nachmann Zahlungen gemacht hat, zu denen er nicht verpflichtet war, diese vom Nachmann zurückfordern (Knittel S. 93).

Nr. 11. 7. Das alte Recht (Art. 412) stimmte sachlich überein.

§ 443.

Bestehen an demselben Gute mehrere nach den §§ 397, 410, 421, 440 begründete Pfandrechte, so geht unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die Versendung oder durch die Beförderung des Gutes entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor.

Diese Pfandrechte haben sämmtlich den Vorrang vor dem nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters sowie vor dem Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse.

Entw. I § 417, II § 435; Denkschr. I S. 267, II S. 3268; A. D. H.G.B. Art. 411.

Nr. 1. 1. Die Möglichkeit, daß eine ganze Anzahl gesetzlicher Pfandrechte, und zwar nicht bloß derselben, sondern verschiedener Art auf dem Frachtgut lasten, ins Auge fassend, sucht § 443 durch Aufstellung einer Rangordnung den Interessen der Betheiligten solchenfalls gerecht zu werden.

Der einfachste Fall ist, daß auf dem Frachtgut mehrere Pfandrechte auf einander folgender Frachtführer haften (Fall des § 441 Abs. 1), von denen keiner durch seinen Nachmann befriedigt ist. Diesenfalls bleiben die Pfandrechte der Vormänner so lange bestehen, als das Pfandrecht des letzten Frachtführers; der letzte Frachtführer übt nur deren Pfandrechte aus, neben dem eigenen Pfandrecht.

[1]) A. A. für diese letzteren Fälle Staub § 442 Anm. 4, Förtsch zu Art. 412 Anm. 1, 2, welche dem Frachtführer stets dann den Rückgriff versagen, wenn er über das Gut nicht mehr zu verfügen in der Lage ist, auch wenn ihn kein Verschulden trifft.

Digitized by Google

Zu den Pfandrechten der Frachtführer kann ferner hinzutreten das eines Spediteurs (§ 410), sei es, daß dieser der den Transportvertrag in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung abschließende Absender ist, der ein Pfandrecht aus Forderungen gegen seinen Versender besitzt, oder daß er als Zwischenspediteur fungirt, oder daß er gar am Schlusse des Transportes auftritt.

Weiter kann in Frage kommen das Pfandrecht des Lagerhalters (§ 421), zumal wenn der Frachtführer von seinem Hinterlegungsrecht nach § 437 Abs. 2 Gebrauch macht.

Und endlich kann das Pfandrecht des Kommissionärs (§ 397) in Betracht kommen, sei es, daß dieser als Absender vermittelst Ladescheins oder Lagerscheins über das Gut verfügen kann, sei es, daß er als Empfänger des Gutes figurirt und daran den mittelbaren Besitz hat.[1])

2. Unter den vom Gesetze in's Auge gefaßten kollidirenden gesetzlichen Pfand- Nr. 2.
rechten scheidet § 443 zwei **Klassen**, eine bevorrechtete Klasse und eine gewöhnliche Klasse.

a) Zur **bevorrechteten Klasse** gehören die durch die Versendung oder durch Nr. 3.
die Beförderung des Gutes entstandenen Pfandrechte. Sie gehen sämmtlich den gesetzlichen Pfandrechten der gewöhnlichen Klasse vor, gleichgültig, ob sie früher oder später als diese entstanden sind. Es sind:

α) Die Pfandrechte der Frachtführer wegen aller durch diesen Frachtvertrag begründeten Forderungen, sowohl auf Fracht als auf Ersatz von Auslagen als auf Schadensersatz, gleichgültig, ob sie gegen Absender oder gegen Empfänger bestehen. Ausgenommen sind nur die Pfandrechte für Vorschüsse auf das Gut. Die Frage, was als Auslage, was als Vorschuß zu betrachten ist, ist nicht ohne Schwierigkeiten. Sie ist aus dem Gesichtspunkt zu beantworten, ob die Beförderung des Gutes die „Auslage" mit sich brachte oder nicht. So sind Werthnachnahmen Vorschüsse auch dann, wenn sie nicht direkt an den Absender, sondern an den Vormann des Frachtführers geleistet sind, dagegen Spesennachnahmen Auslagen (so auch Schott S. 459).

β) Die Pfandrechte des Spediteurs wegen der sämmtlichen Forderungen aus dem konkreten Speditionsvertrag gegen seinen Versender mit Ausnahme der auf das Gut gegebenen Vorschüsse. Die Abgrenzung ist hier die gleiche, wie zu α) (Schott S. 458).

γ) Die Pfandrechte des Lagerhalters, soweit sie aus der Versendung entstanden sind. Dahin gehört insbesondere der Fall des § 437 Abs. 2. Ist die Versendung beendet und wird das Gut vom Empfänger eingelagert, so ist das Pfandrecht des Lagerhalters nicht aus der Versendung entstanden.

δ) Die Pfandrechte des Kommissionärs, soweit sie durch den Transport entstanden sind, also z. B. die Kosten für Wahrnehmung der Rechte gegen den Frachtführer (§ 388), für Umladung, Verpackung, aber auch für Bezahlung der Transportkosten an den Frachtführer oder Spediteur. Denn auch sie sind aus der Versendung entstanden (anders die herrschende Ansicht).[2]) Dagegen nicht alle übrigen Forderungen des Kommissionärs, z. B. auf Zahlung der Provision, der Vorschüsse, und selbstverständlich nicht Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Unter den Pfandrechten der bevorrechteten Klasse geht das später entstandene dem früher entstandenen vor, gleichgültig, ob dem Erwerber des Pfandrechts die Existenz des früheren Pfandrechts bekannt ist oder nicht.

---

[1]) Beispiel des gleichzeitigen Bestandes aller dieser Pfandrechte: Der Spediteur X. schickt im Auftrage des Versenders Y. das Frachtgut durch den Frachtführer Z. an den Kommissionär W., der es für den Kommittenten M. in Empfang nehmen soll. Z. giebt, ohne sich für seine Forderungen von seinem Nachmann befriedigen zu lassen, das Gut weiter an den Frachtführer O., der es dann mit Einwilligung des Empfängers W. beim Lagerhalter K. niederlegt. K. stellt einen Lagerschein an den W. aus. O. wahrt sein und seiner Vormänner Pfandrecht gemäß § 440 Abs. 3. Hier hat X. ein gesetzliches Pfandrecht als Spediteur (vgl. § 410 Nr. 6), W. ein gesetzliches Pfandrecht als Kommissionär (vgl. § 397 Nr. 13), K. ein gesetzliches Pfandrecht als Lagerhalter kraft des unmittelbaren Besitzes der Waare (vgl. § 421), Z. und O. haben das gesetzliche Pfandrecht als Frachtführer.

[2]) Vgl. Eger II S. 690. Allein es ist nicht einzusehen, weshalb derartige Forderungen nicht aus dem Transport entstanden sein sollen, während die des Spediteurs für geleistete Spesennachnahme aus dem Transport entstanden sind.

Digitized by Google

Nr. 4. b) Zur **gewöhnlichen Klasse** gehören alle übrigen gesetzlichen Pfandrechte, also die des Frachtführers und Spediteurs wegen Vorschüsse, des Lagerhalters und Kommissionärs, soweit sie nicht aus der Versendung entstanden sind. Unter ihnen entscheidet das Alter (B.G.B. § 1209); doch bleibt der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" unberührt (B.G.B. § 1208, H.G.B. § 366 Abs. 3).

Nr. 5. 3. Nicht undenkbar ist, daß am Gute noch weitere gesetzliche oder vertragsmäßige Pfandrechte bestehen, z. B. ein gesetzliches Pfandrecht des Absenders als Unternehmer aus B.G.B. § 647 oder ein vertragsmäßiges Pfandrecht des Empfängers oder eines Dritten oder ein Pfändungspfandrecht. Hinsichtlich des Pfändungspfandrechtes C.P.O. § 804. Mit dem Rangverhältniß dieses zu dem in § 443 genannten Pfandrechte befaßt sich aber das Gesetz nicht. Hier gilt das allgemeine Prinzip des B.G.B. § 1209, wonach die Zeit der Bestellung für den Rang des Pfandrechts maßgebend ist, soweit nicht der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" eingreift (B.G.B. § 1208) oder besondere gesetzliche Bestimmungen existiren.[1])

Nr. 6. 4. Das Gesetz befaßt sich nur mit der Kollision gesetzlicher Pfandrechte, nicht mit der des **kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts** mit einem **gesetzlichen Pfandrecht.** Hierüber vgl. bei § 369 Nr. 20. Danach geht das gesetzliche Pfandrecht stets dem Retentionsrecht vor, ob es zu den in § 443 aufgezählten Arten gehört oder nicht. Der Retentionsberechtigte kann nur nach Maßgabe von § 369 Abs. 2 dem Pfandgläubiger gegenüber sein Retentionsrecht geltend machen.

Nr. 7. 5. Das **alte** Recht (Art. 411) wich in zwei Beziehungen ab:

a) Das Pfandrecht des Lagerhalters kannte es nicht.

b) Es setzte nach seinem Wortlaut das Pfandrecht des Kommissionärs in die gewöhnliche Klasse. Doch herrschte über diesen Punkt Streit.

Vom 1. Januar 1900 ab entstehende Pfandrechte bemessen sich in ihrer Locirung nach neuem Recht, doch unbeschadet des Ranges vor dem 1. Januar 1900 entstandener Pfandrechte (E.B.G.B. Art. 184).

Der Ladeschein.

Einleitung.

Litteratur: Goldschmidt, Hdb. I, 2 S. 760 ff. und in Z. XXIX S. 18 ff., ferner System § 125; Schott S. 420 ff.; Schmidt-Scharff, Das Waarenpapier bei See- und Binnentransport 1887.

Die §§ 444—450 regeln die besonderen Rechtsverhältnisse, die durch Ausstellung eines Ladescheins zwischen den Betheiligten entstehen, und zwar §§ 444—449 die obligatorischen Rechtsbeziehungen, § 450 die sachenrechtliche Bedeutung der Uebergabe des Ladescheins.

Das Binnenschiffahrtsgesetz § 26 hat die §§ 445—450 auch auf den Transport auf Binnengewässern zur Anwendung gebracht, sie jedoch in den §§ 72—76 in mehrfachen wichtigen Hinsichten modifizirt.

Thatsächlich spielt der Ladeschein (im Leben auch Konnossement genannt) nur für den Transport auf Binnengewässern eine Rolle. Da die Kommentirung des Binnenschiffahrtsgesetzes nicht in den Bereich dieser Aufgabe fällt, so beschränken wir die Erläuterung der §§ 444—450 auf das knappste Maaß.

Zu bemerken ist, daß die §§ 444—450 nur die Abweichungen vom allgemeinen Recht des Frachtvertrages enthalten; dieses kommt somit zur Anwendung, soweit sich aus den genannten Paragraphen nicht ein Anderes ergiebt.

§ 444.

Ueber die Verpflichtung zur Auslieferung des Gutes kann von dem Frachtführer ein Ladeschein ausgestellt werden.

Entw. I § 418, II § 436; Denkschr. I S. 267, II S. 3268; A. D. H.G.B. Art. 413 Abs. 1.

Nr. 1. 1. Der Ladeschein ist eine Verpflichtungsurkunde des Frachtführers (vgl. Binnenschiffahrtsgesetz § 72 Abs. 1). Er stellt also nicht eine bloße Beweisurkunde über den Inhalt des Frachtvertrages dar, sondern er enthält eine Verpflichtungserklärung

[1]) Z. B. nach dem Flößereigesetz § 29.

Digitized by Google

und zwar eine solche des Frachtführers. Demnach wird er vom Frachtführer, nicht vom Absender ausgestellt (vgl. § 445 Abs. 2). Diese Verpflichtungserklärung geht auf Auslieferung des Frachtgutes,[1]) es kann mit ihr zugleich verbunden sein und ist regelmäßig mit ihr verbunden eine Empfangsbescheinigung, aber umgekehrt ist eine Empfangsbescheinigung noch kein Ladeschein (R.G.E. XIII S. 75), der Schwerpunkt des Ladescheins liegt in der Verpflichtungserklärung.

2. Zur Ausstellung des Ladescheins ist der Frachtführer nicht kraft Nr. 2.
Gesetzes verpflichtet, der Absender hat gegen ihn keinen Anspruch auf Ausstellung. Doch gilt ein Anderes im Binnenschiffahrtsgesetz § 72 Abs. 1. — Hat sich der Frachtführer zur Ausstellung eines Ladescheins verpflichtet, so bezieht sich die Verpflichtung im Zweifel nur auf ein Exemplar (anders im Seerecht für das Konnossement § 642 Abs. 1).

3. Der Ladeschein beseitigt nicht den Frachtbrief. § 426 bleibt daneben in Kraft. Nr. 3.
Doch verliert der etwa neben dem Ladeschein ausgestellte Frachtbrief durch den Ladeschein erheblich an Bedeutung. Vornehmlich werden die §§ 432 Abs. 2, 433—435 durch die §§ 446, 447, 449 ersetzt.

4. Das alte Recht stimmt überein (Art. 413 Abs. 1).

§ 445.

Der Ladeschein soll enthalten:

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen des Absenders;
4. den Namen desjenigen, an welchen oder an dessen Order das Gut abgeliefert werden soll; als solcher gilt der Absender, wenn der Ladeschein nur an Order gestellt ist;
5. den Ort der Ablieferung;
6. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
7. die Bestimmung über die Fracht und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen sowie im Falle der Vorausbezahlung der Fracht einen Vermerk über die Vorausbezahlung.

Der Ladeschein muß von dem Frachtführer unterzeichnet sein.

Der Absender hat dem Frachtführer auf Verlangen eine von ihm unterschriebene Abschrift des Ladescheins auszuhändigen.

Entw. I § 419, II § 437; Denkschr. I S. 268, II S. 3268; A. D. H.G.B. Art. 414.

1. § 445 giebt den **gesetzlichen Normalinhalt des Ladescheins** wieder. Ist der Nr. 1.
Frachtführer verpflichtet, einen Ladeschein auszustellen, so hat er ihn mit dem in § 445 angegebenen Inhalt auszustellen, der Absender hat auf Ausstellung eines gehörigen Ladescheins ein Recht. Aber ein Ladeschein, dem irgend eines der in § 445 Abs. 1, 2 angegebenen Requisite fehlt, ist darum noch nicht ungültig. Vielmehr ist, wie beim Frachtbrief (vgl. § 426 Nr. 7), zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandtheilen zu scheiden. Zu jenen gehört zweifellos die Unterschrift des Ladescheins durch den Frachtführer („muß" Abs. 2), ferner die genügende Kennzeichnung des Gutes (auch ohne formelle Beobachtung der Nr. 6[2]) und endlich die Angabe des Empfängers; denn diese Erfordernisse ergeben sich aus dem Ladeschein als einer Verpflichtungserklärung zur Auslieferung des Gutes. Alle übrigen Bestandtheile sind unwesentlich (vgl. R.O.H.G. XVII S. 97). Der ihrer entbehrende Ladeschein bleibt ein Ladeschein.

---

[1]) Sie braucht natürlich nicht mit promittirenden Worten abgegeben zu sein; es genügt z. B. „empfangen zur Auslieferung" (Schmidt-Scharff S. 18).

[2]) Z. B. durch Bezugnahme auf eine Probe (R.O.H.G. VIII S. 416).

Digitized by Google

Nr. 2. 2. Hinsichtlich der einzelnen Punkte ist größtentheils auf das zu § 426 Bemerkte zu verweisen. Besonderer Besprechung bedarf nur

a) **die Nr. 4.** Aus ihr geht in Verbindung mit § 447 hervor, daß der Ladeschein nicht an Inhaber lauten darf. Die Angabe eines Empfängers gehört zum Wesen des Ladescheins, wohl aber kann er an Order lauten und zwar entweder an die Order des dritten Adressaten oder an die Order des Absenders, letzterenfalls ist der Absender Empfänger.[1]) Jedenfalls muß der Absender letzterenfalls im Ladeschein genannt sein (v. Hahn zu Art. 414 § 4). Ein bloß an Order gestellter Ladeschein, ohne daß in ihm überhaupt der Name des Absenders angegeben ist, ist ungültig, hier fehlt es an einem bestimmten Adressaten. Daß der Absender verlangen darf, daß der Ladeschein vom Frachtführer an Order gestellt werde (Anschütz-Völderndorff III S. 130), ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Nicht einmal das Binnenschiffahrtsgesetz § 72 enthält eine dem H.G.B. § 644 entsprechende Bestimmung.

Nr. 3. b) **Nr. 7.** Unter „auf dem Gute haftende Nachnahmen" sind, wie die nebenhergehende Hervorhebung der Frankatur ersehen läßt, Werthnachnahmen — sei es im Voraus, sei es nach Eingang — zu verstehen.

Nr. 4. c) Nach dem Binnenschiffahrtsgesetz § 72 Abs. 2 hat der Ladeschein noch die Bezeichnung des Schiffes, in das die Güter verladen sind, zu enthalten.

Nr. 5. 3. Die Unterzeichnung durch den Frachtführer oder dessen Bevollmächtigten erfolgt in Gemäßheit von B.G.B. § 126. Unterstempelung genügt im Gegensatz zum Frachtbrief (§ 426 Abs. 2 Nr. 9) nicht.

Nr. 6. 4. Außer zur Aushändigung einer Kopie des Ladescheins ist der Absender noch zur Ausstellung eines Frachtbriefes verpflichtet (§ 426). Doch wird Beides nebeneinander kaum vorkommen, zumal der Ladeschein noch weitere Punkte als die vom Gesetz geforderten aufnehmen kann.

Nr. 7. 5. Im Binnenschiffahrtsrecht kann der Frachtführer, falls der Ladeschein an die Order einer Person ausgestellt ist, die am Destinationsort weder ihren Wohnsitz noch eine Niederlassung hat, die Bezeichnung einer Meldeadresse auf dem Ladeschein verlangen, bei der er sich nach der Person des Ladescheinbesitzers erkundigen kann (B.Sch.G. § 72 Abs. 3).

Nr. 8. 6. Nach § 426 Abs. 3 haftet der den Frachtbrief ausstellende Absender dem Frachtführer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben. Eine entsprechende weitgehende Haftung ist dem den Ladeschein ausstellenden Frachtführer durch das H.G.B. nicht auferlegt, weder gegenüber dem Absender noch gegenüber dem Ladescheinbesitzer. Vielmehr würde ein etwaiges Verschen des Frachtführers, z. B. in der Bezeichnung des Gutes, denselben nur aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens[2]) in Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen haftbar machen und nur für den Schaden, der dem anderen Theil aus diesem Verschulden erwächst (v. Hahn zu Art. 415 § 3, L.G. Hamburg in Z. XXXVI S. 273, R.G.E. V S. 81, vgl. auch Goldschmidt in Z. XXIX S. 24 ff.). Doch hat das Binnenschiffahrtsgesetz §§ 73—76 besondere Vorschriften in dieser Hinsicht aufgestellt.

Nr. 9. 7. Das alte Recht (Art. 414) wich nur in Kleinigkeiten ab (mit Bezug auf die Nr. 7, vgl. Art. 414 Abs. 1 Nr. 6).

§ 446.

Der Ladeschein entscheidet für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Gutes; die nicht in den Ladeschein aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrags sind dem Empfänger gegenüber unwirksam, sofern nicht der Ladeschein ausdrücklich auf sie Bezug nimmt.

Für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Absender bleiben die Bestimmungen des Frachtvertrags maßgebend.

Entw. I § 420, II § 438; Denkschr. I S. 267, II S. 3268; A.D.H.G.B. Art. 415.

---

[1]) Auch an die Order des Frachtführers kann er gestellt werden (Keyßner zu Art. 414 Nr. 7).

[2]) Der Exkulpationsbeweis liegt dem Frachtführer ob.

Digitized by Google

Nr. 1. 1. Durch den Ladeschein verpflichtet sich der Frachtführer zur Auslieferung der übernommenen[1]) Güter an den legitimirten Besitzer (B.Sch.G. § 72), er erklärt damit dem legitimirten Ladescheinbesitzer gegenüber sich nach Maßgabe des Ladescheins als zur Auslieferung des übernommenen Gutes verpflichtet.[2]) Der Ladeschein soll zwischen ihm und jenem die lex contractus bilden. Außerhalb des Ladescheins getroffene Vereinbarungen zwischen dem Frachtführer und dem Absender oder zwischen dem Frachtführer und seinem Nachmann oder zwischen dem Frachtführer und einem früheren Ladescheinbesitzer sind dem Ladescheinbesitzer gegenüber nicht wirksam (R.O.H.G. XXV S. 343).

Freilich kann der Ladeschein auf andere Urkunden als Anlagen oder ausdrücklich auf den Frachtvertrag verweisen; dann hat der Ladescheinbesitzer auch deren Inhalt gegen sich gelten zu lassen (R.O.H.G. XVII S. 74, Schott S. 426). Und selbstverständlich bleiben die allgemeinen Bestimmungen über Haftung des Frachtführers für Verlust, Beschädigung und Fristversäumung durch den Ladeschein unberührt (R.O.H.G. VIII S. 417).

Nr. 2. 2. Durch den Ladeschein sollen aber auch die die Rechte des Frachtführers umgrenzenden Bestimmungen, z. B. hinsichtlich der Fracht, für den Empfänger maßgebend sein. Durch Ausstellung des Ladescheins werden freilich nicht Gläubigerrechte gegen den Ladescheinbesitzer erzeugt, ebensowenig dadurch, daß der Ladeschein dem Empfänger vom Absender tradirt wird, vielmehr wird die Befriedigung der dem Frachtführer zustehenden Ansprüche zunächst als Auslieferungsbedingung hingestellt (vgl. bei § 435 Nr. 8). Soll der Ladescheinbesitzer Schuldner des Frachtführers werden, so bedarf es eines besonderen Verpflichtungsgrundes. Solcher kann und wird in der vorbehaltlosen Annahme des Gutes seitens des Ladescheinbesitzers liegen. Der Ladescheinbesitzer wird sich durch vorbehaltlose Annahme des Gutes dem Frachtführer verpflichten, nach Maßgabe des Ladescheins Zahlung zu leisten (O.L.G. Karlsruhe in Z. XLIV S. 255). Der Ladeschein wirkt dann als maßgebende Urkunde hinsichtlich der Gläubigerrechte des Frachtführers.[3]) Der Ladescheinbesitzer ist aber nur verpflichtet, die in dem Ladeschein enthaltenen Ansprüche des Frachtführers zu befriedigen. Somit ist der Ladeschein auch maßgebend hinsichtlich der Bedingungen, unter denen der Frachtführer die Auslieferung des Gutes vorzunehmen verpflichtet ist — wie hinsichtlich der Verpflichtungen, die der Ladescheinbesitzer durch Annahme des Gutes eingeht. Demgemäß kann der Frachtführer sein Pfandrecht nur nach Maßgabe des Ladescheins gegenüber dem Empfänger geltend machen (Seuffert LI Nr. 282). Doch bleiben die gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte des Frachtführers aus B.G.B. § 273 Abs. 2 unberührt (O.L.G. Karlsruhe in Z. XLIV S. 255, Schott S. 433). Umgekehrt wird es dem Ladescheininhaber nicht versagt sein, auf eine irrthümliche Angabe des Ladescheins, z. B. über die Fracht, sich zu berufen; ferner betrügerischen Kollusionen zwischen Absender und Frachtführer oder zwischen Frachtführer und einem früheren Ladescheinbesitzer mit der exceptio doli zu begegnen (Keyßner zu Art. 415 Nr. 4). Zu weit gehend aber ist es, wenn das Obertribunal annimmt, daß der Empfänger sich überhaupt auf alle ihm günstigen Beredungen des Frachtführers mit dem Absender berufen könne (Entsch. Bd. 55 S. 154).

Nr. 3. 3. Daß der Empfänger sich nicht auf zwischen ihm und dem Absender getroffene Beredungen gegenüber dem Frachtführer stützen kann, ist ohnehin selbstverständlich. Ebensowenig kann er sich auf Vereinbarungen, die er als Indossatar mit dem Indossanten des Ladescheins getroffen hat, berufen.

---

[1]) Nur der wirklich übernommenen; der Ladeschein enthält nicht etwa einen Verpflichtungsschein des Inhaltes, daß der Frachtführer Gut der betr. Menge und Art ausliefern werde (vgl. R.G.E. V S. 81).

[2]) Wie das Verhältniß zu konstruiren ist, richtet sich nach Lage des Falls. Bei einem Rektaladeschein wird die Theorie zu Gunsten Dritter maßgebend sein; beim Orderladeschein sind dieselben Kontroversen wie bei Konstruktion der Wechselobligation auch hier vorhanden.

[3]) § 436 ist hierauf nicht direkt anwendbar. Vgl. das dort Nr. 2 ff. Bemerkte. Hat der Ladescheinbesitzer Gut und Frachtbrief angenommen, so kann darin eine besondere Verpflichtung liegen, die über den Ladeschein hinausgehenden frachtbriefmäßigen Zahlungen zu leisten, nothwendig ist dies nicht, § 436 ist auf diesen Fall schon wegen § 446 Abs. 1 nicht anwendbar. Zweifelhaft Goldschmidt, Hdb. S. 763 Anm. 92.

Digitized by Google

Nr. 4. 4. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Absender des Gutes wird durch den Ladeschein nicht modifizirt, soweit nicht § 447 ein Anderes mit sich bringt. Ist also Absender und Ladescheinbesitzer identisch, so greift § 446 Abs. 1 nicht Platz. Ebensowenig werden die obligatorischen Rechtsverhältnisse zwischen Absender und Empfänger durch den Ladeschein berührt. Ueber die dingliche Seite bei § 450.

Nr. 5. 5. Lautet der Ladeschein an Order, so ist das bei § 364 Bemerkte zu berücksichtigen.

Nr. 6. 6. Das alte Recht stimmt überein (Art. 415).

§ 447.

Zum Empfange des Gutes legitimirt ist derjenige, an welchen das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll oder auf welchen der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist.

Der zum Empfange Legitimirte hat schon vor der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte die Rechte, welche dem Absender in Ansehung der Verfügung über das Gut zustehen, wenn ein Ladeschein nicht ausgestellt ist.

Der Frachtführer darf einer Anweisung des Absenders, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den durch den Ladeschein legitimirten Empfänger auszuliefern, nur Folge leisten, wenn ihm der Ladeschein zurückgegeben wird; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem rechtmäßigen Besitzer des Ladescheins für das Gut verhaftet.

Entw. I § 421, II § 439; Denkschr. I S. 267, II S. 3268. A. D. H.G.B. Art. 417, 416.

Nr. 1. I. **Absatz 1.** Zum Empfang des Gutes legitimirt ist bei Rektalagerscheinen der im Lagerschein als Destinatär Bezeichnete, bei Orderlagerscheinen der genannte Destinatär (Remittent) oder der durch eine formal ordnungsmäßige Kette von Indossamenten legitimirte Besitzer des Ladescheins (nicht der Kopie). In letzter Beziehung wiederholt § 447 nur die Vorschrift des § 365. Wer sonst als Empfänger auftritt, muß seine Legitimation besonders nachweisen, so der Cessionar (R.O.H.G. XXV S. 341) oder Erbe des ursprünglichen Destinatärs, beziehungsweise des Indossatars. Der Frachtführer ist verpflichtet, dem legitimirten Besitzer auch nur eines Exemplars das Gut auszuliefern (vgl. § 645 Abs. 1). Melden sich vor der Ablieferung mehrere legitimirte Inhaber (im Falle der Ausstellung eines Duplikates), so liegt ein Ablieferungshinderniß vor. Es greift dann § 437 Platz; da der Absender aber nach § 447 Abs. 3 kein Anweisungsrecht mehr hat, so hat der Frachtführer das Gut entweder solange zurückzubehalten, bis die Prätendenten sich geeinigt haben, oder er hat es bei einem Dritten nach § 437 Abs. 2 niederzulegen. Die besonderen Vorschriften des § 646 finden hierauf nicht Anwendung.

Nr. 2. II. **Absatz 2, 3.** Der Absender behält sein Verfügungsrecht über das Gut auch trotz Ausstellung des Ladescheins,[1]) er kann es aber gegenüber dem Frachtführer[2]) nur ausüben, wenn er den Ladeschein (bei Duplikaten alle Exemplare des Ladescheins) dem Frachtführer zurückgiebt.[3])

Nr. 3. Umgekehrt erlangt der **gehörig legitimirte Besitzer des Ladescheins** alle Verfügungsrechte über das Gut gegenüber dem Frachtführer auch schon vor dessen Ankunft am Destinationsort, also mit dem Moment, wo der Frachtführer das Gut annimmt;

---

[1]) Denn möglicherweise begiebt er den Ladeschein nicht oder läßt ihn auf sich indossiren. (Vgl. R.G.E. XIII S. 120.)

[2]) Wieweit er es gegenüber Dritten, z. B. dem Empfänger behält, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. hinsichtlich des Verfolgungsrechtes (Staub § 447 Anm. 4, v. Hahn zu Art. 416 § 2). Auch kann der Absender durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung oder eines Arrestes den Frachtführer mittelbar an der Aushändigung des Gutes hindern.

[3]) Muß er dann seine Berechtigung aus dem Ladeschein nachweisen? Die Frage ist nach dem Wortlaut des Gesetzes zu verneinen.

Digitized by Google

er braucht sich dem Frachtführer gegenüber nur zu legitimiren, zur Aushändigung des Ladescheins ist er nur im Falle des § 448 verpflichtet. Die Einwilligung des Absenders braucht er nicht nachzuweisen (zum Theil anders für das Konnossement § 659). Dies gilt auch, wenn der Frachtvertrag vor Ankunft des Gutes aufgelöst wird, z. B. durch Unmöglichkeit der Erreichung des Zweckes (vgl. § 660). Hat er seine Rechte durch Cession übertragen, so gilt B.G.B. §§ 407, 409, 410 (vgl. O.L.G. Hamburg in Z. XL S. 544).

Geht der Ladeschein verloren, so kann die Kraftloserklärung desselben her- Nr. 4.
beigeführt werden, und zwar bei in blanco indossirten Order-Ladescheinen auf Antrag des Inhabers, bei sonstigen Ladescheinen auf Antrag dessen, der das Recht aus dem Ladeschein geltend machen kann (C.P.O. § 1004). Das Nähere über das Verfahren in C.P.O. §§ 1005 ff.

III. Das **ältere Recht** (Art. 417, 416) stimmt im Ganzen überein. Nur war nicht Nr. 5.
unzweifelhaft, ob der legitimirte Besitzer des Ladescheins schon vor Ankunft des Gutes am Destinationsorte verfügungsberechtigt war. Wer dies für das ältere Recht verneint, muß für vor dem 1. Januar 1900 eingegangene Frachtverträge das alte Recht fortgelten lassen, sofern die Verpflichtung zur Ausstellung des Ladescheins damals entstanden war. Wird erst nach dem 1. Januar 1900 durch Vereinbarung die Verpflichtung begründet, so gilt das neue Recht.

§ 448.

Der Frachtführer ist zur Ablieferung des Gutes nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf dem die Ablieferung des Gutes bescheinigt ist, verpflichtet.

Entw. I § 422, II § 440; Denkschr. I S. 267, II S. 3268. A. D. H.G.B. Art. 418.

1. Für den Orderlagerschein ergiebt sich die Bestimmung schon aus § 364 Abs. 3. Nr. 1.
Sie enthält ein Besonderes also nur für den Rektaladeschein; aber auch für diesen ist sie eine logische Folge des § 447. Daß die Quittung auf dem Ladeschein zu erfolgen hat, ist eine Besonderheit gegenüber B.G.B. § 368.

2. Ist der Ladeschein vernichtet oder abhanden gekommen, so braucht bei Nr. 2.
Order-Ladescheinen der Frachtführer nur in Gemäßheit von § 365 Abs. 2 auszuliefern, also entweder nach Erwirkung des Ausschlußurtheils (C.P.O. § 1018) oder doch nach Einleitung des Amortisationsverfahrens gegen Kaution.

Bei Rektaladescheinen ist er verpflichtet, dem mit Einwilligung des Absenders Nr. 3.
(vgl. § 447 Abs. 3) auftretenden Destinatär gegen Quittung (B.G.B. § 368) auszuliefern. Die Einwilligung des Absenders ist jedoch nicht nöthig, wenn das Amortisationsverfahren durchgeführt ist (C.P.O. § 1018) oder nach dessen Einleitung ihm Kaution gestellt ist (Schott S. 433).

3. Das ältere Recht stimmt überein (Art. 418).

§ 449.

Im Falle des § 432 Abs. 1 wird der nachfolgende Frachtführer, der das Gut auf Grund des Ladescheins übernimmt, nach Maßgabe des Scheines verpflichtet.

Entw. I § 423, II § 441; Denkschr. I S. 268, II S. 3268.

Der nachfolgende Frachtführer muß das Gut auf Grund des ursprünglichen Ladescheins übernehmen, der Ladeschein muß also für ihn die Grundlage der Uebernahme bilden. Der bloße Umstand, daß sein Vormann einen Ladeschein ausgestellt hat, genügt nicht, vielmehr muß er mit ausdrücklichen Worten oder durch konkludente Handlungen den Ladeschein auch zu dem seinigen machen, z. B. indem er den auf den Ladeschein verweisenden ursprünglichen Frachtbrief annimmt (v. Hahn zu Art. 419 § 2, Schott S. 445).

Für das ältere Recht, dem die Bestimmung fehlte, wurde meist das Gleiche angenommen.

Digitized by Google

§ 450.

Die Uebergabe des Ladescheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, hat, wenn das Gut von dem Frachtführer übernommen ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.

Entw. I § 424, II § 442; Denkschr. I S. 267, 268, II S. 3268.

Der Ladeschein ist **Traditionspapier**, gleichgültig, ob er Rekta- oder Orderladeschein ist. Die Fassung des § 450 ist im Uebrigen völlig entsprechend der des § 424, auf den deshalb verwiesen wird (vgl. insbesondere R.G.E. V S. 79, XXXII S. 30, IX S. 428). Nothwendig ist Uebergabe des Originals, Uebergabe einer Kopie genügt nicht. Die Uebergabe muß ferner an den im Ladeschein zur Empfangnahme Bezeichneten erfolgen, also an den Adressaten, bei Ladescheinen an Order an den Indossatar; lautet das Indossament in blanco, so genügt freilich Besitz. Der bloße Cessionar des Indossatars oder Adressaten würde nicht „durch den Schein" zur Empfangnahme legitimirt sein, also Besitz nicht gemäß § 450, wohl aber möglicherweise nach bürgerlichem Recht (Abtretung des mittelbaren Besitzes) erwerben. Sind mehrere Exemplare ausgestellt, so würde bei widerstreitenden Verfügungen, z. B. zwei Eigenthumstraditionen, die frühere vorgehen, der spätere Erwerber könnte sich nicht auf B.G.B. § 933 berufen. Ist die erste Uebergabe zum Zweck der Verpfändung, die zweite zum Zweck der Eigenthumsübertragung erfolgt, so wirkt die zweite Tradition, aber das Recht des Pfandgläubigers bleibt unberührt (§ 649). Vgl. bei § 424 Nr. 11 Anm. 2.

Die Bestimmung enthielt schon das Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895, alte Fassung § 72 (jetzt gestrichen).

§ 451.

Die Vorschriften der §§ 426 bis 450 kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Frachtführer ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen übernimmt.

Entw. I § 425, II § 443; Denkschr. I S. 268, II S. 3269. Vgl. die Einleitung zu diesem Abschnitt oben S. 310.

§ 452.

Auf die Beförderung von Gütern durch die Postverwaltungen des Reiches und der Bundesstaaten finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung. Die bezeichneten Postverwaltungen gelten nicht als Kaufleute im Sinne dieses Gesetzbuchs.

Entw. I § 426, II § 444; Denkschr. I S. 269, II S. 3269; A. D. H.G.B. Art. 421 Abs. 2.

Vgl. hierzu § 407 Nr. 5.

Privatpostanstalten sind Frachtführer und Kaufleute.

Wieweit die Postverwaltungen als Kaufleute im Sinne anderer Gesetze gelten, ist damit noch nicht entschieden (vgl. § 1 Nr. 1). Das G.V.G. § 101 Nr. 1 legt den Kaufmannsbegriff des H.G.B. zu Grunde.

Die Post ist überhaupt nicht Kaufmann, auch soweit sie andere Geschäfte als Güterbeförderung (z. B. Zeitungsdebit) betreibt (Pappenheim S. 16, 17). Denn alle diese anderen Geschäfte beruhen auf dem Gesichtspunkt des Transports (R.O.H.G. XXIII Nr. 4).

Das alte Recht sah die Post nach der herrschenden Ansicht noch als Kaufmann an. Ihre Geschäfte galten also als Handelsgeschäfte; andererseits kamen die Bestimmungen des H.G.B. über den Frachtvertrag nur soweit zur Anwendung, als nicht die postalischen Gesetze ein Anderes bestimmten (Art. 421 Abs. 2). Das hat für alle vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Geschäfte der Post zu gelten.

Digitized by Google

Siebenter Abschnitt.

Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Einleitung.

Denkschr. I S. 269 ff., II S. 3269 ff.

Litteratur: Eger, Die Eisenbahnverkehrsordnung, 2. Aufl. 1901, Cosack §§ 85 ff.

Nr. 1. 1. Der Inhalt des siebenten Abschnittes betrifft mit einer Ausnahme die Eisenbahnfrachtgeschäfte. Diese Ausnahme ist in § 472 enthalten, wo hinsichtlich des Personentransportes auf größeren Eisenbahnen auf die Eisenbahnverkehrsordnung hingewiesen wird.

Schließt sich somit der siebente Abschnitt eng an den sechsten an, so erweist sein Inhalt, daß wir es im Wesentlichen mit einem Unterabschnitt des sechsten Abschnittes zu thun haben. Denn er regelt nicht etwa in völlig eigener Art erschöpfend das Eisenbahnfrachtgeschäft, noch auch macht er — wie das Binnenschiffahrtsgesetz — durch einzelne Namhaftmachung die auf das Eisenbahnfrachtgeschäft anwendbaren Bestimmungen des gewöhnlichen Frachtgeschäfts zu den seinigen. Vielmehr bestimmt er für die größeren Eisenbahnen (§§ 454, 473) umgekehrt, daß die Vorschriften des vorigen Abschnittes insoweit Anwendung finden sollen, als nicht in diesem Abschnitt oder in der Eisenbahnverkehrsordnung ein Anderes angeordnet ist, und für die Kleinbahnen läßt er — da sich auf sie die Verkehrsordnung nicht erstreckt — die Vorschriften des sechsten Abschnittes generell Anwendung finden, soweit nicht im siebenten Abschnitt selbst Ausnahmen statuirt sind (§ 473). Das Verhältniß des sechsten zum siebenten Abschnitt ist somit hinsichtlich des Frachtgeschäfts das von lex generalis und lex specialis.

Nr. 2. 2. Die Materie des Eisenbahnfrachtgeschäfts ist eine komplizirte durch die Fülle von **Rechtsnormen, die hierbei in Betracht kommen.** Grundsätzlich ist zu scheiden zwischen internationalem Verkehr, d. h. dem auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes aus dem Gebiet eines Staates in das Gebiet eines anderen Staates erfolgenden Güterverkehr, und innerem, d. h. lediglich innerhalb der politischen Grenzen Deutschlands sich abspielenden Eisenbahnverkehr. Der siebente Abschnitt betrifft nur den inneren Eisenbahnverkehr (vgl. § 453 Abs. 1). Den internationalen Verkehr regelt der Berner Vertrag vom 14. Oktober 1890.[1]) Freilich hat die Eisenbahnverkehrsordnung und das neue H.G.B. möglichste Uebereinstimmung zwischen den Sätzen des deutschen Rechts und dem Berner Vertrag zu schaffen gesucht; doch deckt sich deren Recht nicht völlig. So verjährt z. B. die Klage gegen die Eisenbahn wegen Beschädigung und Verlust des Frachtgutes nach dem Berner Vertrag bei dolus der Bahn in drei Jahren (Art. 45, 44 Abs. 2 Nr. 1), während sie nach dem H.G.B. der gewöhnlichen Verjährung unterliegt (§§ 471, 439). Uns beschäftigt hier nur der innere Eisenbahnverkehr, doch sollen die bemerkenswerthen Abweichungen des Berner Vertrages zusatzweise hervorgehoben werden.

Nr. 3. 3. Für den inneren Eisenbahnfrachtverkehr ist zu scheiden zwischen **öffentlichen** und **privaten** Eisenbahnen. **Oeffentliche** Eisenbahnen sind solche, die dem öffentlichen Güterverkehr dienen, d. h. zum Publikum überhaupt, nicht bloß zu bestimmten Absendern in Beziehung treten, gleichgültig wer der Unternehmer ist (ob Staat, Kommune, Handelsgesellschaft, physische Person), und ob sie konzessionirt sind oder nicht, ob sie polizeilich eröffnet sind oder nicht (R.O.H.G. XXI S. 244, R.G.E. I S. 247). Fehlt es an der Zweckdienung für den öffentlichen Verkehr, so liegt eine private Eisenbahn auch dann vor, wenn der Unternehmer der Fiskus oder eine Kommune ist, so z. B. wenn im Falle des Krieges eine Strecke gesperrt ist (R.O.H.G. XXI S. 60). Privatbahnen sind z. B. die Privatanschlußbahnen des preuß. Gesetzes vom 28. Juli 1892 § 43. — Die Frachtgeschäfte der privaten Bahnen unterstehen weder der Verkehrs-

[1]) Abgeschlossen zwischen dem Deutschen Reich, Belgien, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Luxemburg, Oesterreich-Ungarn, Rußland und der Schweiz; später hinzugetreten ist Dänemark. Dazu Zusatzvereinbarungen vom 20. September 1893, 16. Juli 1895 und 16. Juni 1898. Ueber letztere v. d. Leyen in Z. XLIX S. 381 ff. Kommentare von Eger (1894), Gerstner (1893), Rosenthal (1894).

Digitized by Google

ordnung, noch den Vorschriften des siebenten Abschnittes. Der etwa abgeschlossene Frachtvertrag[1]) wird von den Grundsätzen des sechsten Abschnittes beherrscht.

Nr. 4. 4. Die **öffentlichen** Eisenbahnen sind entweder Groß- oder Kleinbahnen.

a) **Kleinbahnen** sind Bahnen von rein örtlicher Bedeutung (Bahnen dritter Ordnung), bei denen kein Interesse des allgemeinen Verkehrs (Reichsverf. Art. 4 Nr. 8) in Frage steht (Denkschr. II S. 3273). Sie werden deshalb gemäß Reichsverf. Art. 4 Nr. 8, Art. 41 ff. nicht von der Eisenbahnverkehrsordnung beherrscht, vielmehr unterstehen sie direkt den Vorschriften des siebenten und sechsten Abschnittes des H.G.B. (E.V.K.O. Eingangsbest. Abs. 1). Soweit diese Vorschriften zwingenden Rechts sind, können sie dieselben auch nicht im Wege der Reglements beseitigen. Die durch ein Reglement aufgestellten Beförderungsbedingungen, selbst wenn sie von der Regierung genehmigt sind, vermögen nicht wider das zwingende Recht des H.G.B. zu verstoßen (§ 471). Wohl aber können sie das dispositive Recht des Gesetzbuches durch Verträge mit dem Publikum auf Grund ihrer Beförderungsbedingungen abändern oder ausschließen. Auch verweist das Gesetz selbst an mehrfachen Stellen auf ihre Beförderungsbedingungen; als solcher Verweis soll hinsichtlich ihrer nach § 473 der für Großbahnen berechnete Verweis auf die E.V.K.O. in den §§ 453, 459, 460, 462—466[2]) gelten.

Nr. 5. b) **Die Großbahnen** (Haupt- und Nebenbahnen, Bahnen erster und zweiter Ordnung) unterliegen der Eisenbahn-Verkehrsordnung. Die vom Bundesrath am 26. Oktober 1899 erlassene[3]) E.V.K.O. ist durch das neue H.G.B. zur den Frachtvertrag unmittelbar beherrschenden Rechtsverordnung erklärt worden, während bisher in der E.V.K.O. nur eine Verwaltungsanweisung an die Eisenbahnen erblickt wurde, ihre Vertragsbedingungen mit dem Publikum in bestimmter Weise zu gestalten, der lediglich die Eisenbahnen kraft ihrer Unterordnung Folge zu leisten verpflichtet waren, während das Publikum derselben nicht unmittelbar unterstand, sondern auf Grund des speziellen Bahnbetriebsreglements mit der konkreten Bahn den Frachtvertrag schloß. Da die Eisenbahnverkehrsordnung objektives Recht (Rechtsnorm) ist, so ist falsche Auslegung ihrer Vorschriften zweifellos Revisionsgrund (C.P.O. §§ 550, 549).

Weil die Eisenbahnverkehrsordnung das Frachtgeschäft der öffentlichen Großbahnen beherrschende Rechtsnorm ist, können die zwingenden Sätze der E.V.K.O. durch Vereinbarungen der einzelnen Bahn mit dem Publikum nicht geändert werden (§ 471 Abs. 2).

Die Eisenbahnverkehrsordnung ist aber keineswegs ausschließliche Quelle des Frachtgeschäfts der öffentlichen Großbahnen. § 454 stellt die Vorschriften des siebenten Abschnittes und die der Eisenbahnverkehrsordnung neben einander. Beide zusammen sollen das Spezialrecht gegenüber dem allgemeinen Recht des sechsten Abschnittes bilden. Hinter den Vorschriften der E.V.K.O. steht also zunächst das allgemeine Recht des H.G.B. als subsidiäre Rechtsquelle. Aber die E.V.K.O. vermag auch nicht in einer Reihe von Vorschriften dem H.G.B. zu derogiren. Sie ist hinsichtlich solcher Vorschriften nur Rechtsquelle zweiten Ranges. Diese Vorschriften zählt auf § 471 Abs. 1, es sind theils solche des sechsten (§§ 438, 439), theils solche des siebenten Abschnittes (§§ 453, 455—470); soweit diese Vorschriften die Verpflichtungen der Eisenbahn regeln, sind sie weder durch Verträge noch durch die E.V.K.O. einengbar. Das in ihnen enthaltene Recht ist nicht bloß jus cogens, sondern auch der Kompetenz der E.V.K.O. entzogen. Die entgegenstehende Bestimmung der E.V.K.O. ist nichtig.

Nr. 6. 5. Nach dem Gesagten ist die **Reihenfolge der die Frachtgeschäfte der öffentlichen Großbahnen beherrschenden Quellen** folgende:

a) Voran stehen die zwingenden Bestimmungen der in § 471 aufgezählten Normen, an ihnen kann weder die E.V.K.O. noch der Vertrag rütteln (§ 471).

b) Soweit diese nicht Platz greifen, normirt die E.V.K.O.; die mit den Vorschriften der E.V.K.O. in Widerspruch stehenden Vereinbarungen sind nichtig (§ 471 Abs. 2).

---

[1]) Meist handelt es sich gar nicht um Frachtverträge bei solchen, sondern um Ausführung von Bauunternehmungen u. dgl. (Vgl. R.O.H.G. XX S. 151, XXI S. 243, XXV S. 203, R.G.E. I S. 247, VII S. 40.)

[2]) Nur der in diesen Paragraphen vorgenommene Verweis. Keinesfalls treten, wo sonst im siebenten Abschnitt von der Verkehrsordnung die Rede ist, die Beförderungsbedingungen der Kleinbahn an deren Stelle, so nicht in § 454, in §§ 471 Abs. 2, 472.

[3]) Sie tritt an Stelle der älteren E.V.K.O. vom 15. November 1892. Ueber ihre staatsrechtliche Gültigkeit äußert nicht ungewichtige Bedenken Laband in D. J.Z. V S. 509 ff., dagegen Harburger ebenda VI S. 53 ff. und Kaufmann ebenda VI S. 185.

Digitized by Google

c) In Ermangelung einer Bestimmung der E.V.K.O. entscheidet der Vertrag zwischen dem Publikum und der Bahn, der gewöhnlich auf Grund der besonderen Beförderungsbedingungen der Bahn, wie sie in deren Betriebsreglement, deren Tarifen u. s. w.[1]) enthalten sind, abgeschlossen wird. Natürlich darf dieser Vertrag nicht wider die guten Sitten oder allgemeine Vorschriften zwingenden Inhaltes verstoßen. Diese Beförderungsbedingungen müssen gehörig publizirt sein. Ist dies nicht der Fall, so ist eine Unterwerfung unter sie nur bei besonderer Willenserklärung anzunehmen.

d) In Ermangelung vertraglicher Ausmachung gelten die dispositiven Bestimmungen dieses siebenten Abschnittes (§ 454).

e) In Ermangelung dieser finden die Vorschriften des sechsten Abschnittes Anwendung (§ 454).

f) Endlich greift subsidiär das bürgerliche Recht Platz und zwar zunächst das Recht des Werkvertrages.

6. **Begriff der Eisenbahn.** Für den Begriff der Eisenbahn ist nicht Dampfkraft wesentliches Erforderniß, vielmehr können auch elektrische Bahnen, Zahnradbahnen, Drahtseilbahnen, Bahnen, die sich auf geneigten Ebenen von selbst bewegen, selbst Pferdebahnen in Frage kommen. Jedoch werden letztere als Großbahnen wohl überhaupt nicht und als Kleinbahnen für den Güterverkehr nur ganz ausnahmsweise eine praktische Rolle spielen. Sie werden vielmehr als Kleinbahnen gewöhnlich nur Personentransportgeschäfte betreiben und Gepäck („ohne Aufgabe") als Appendix mitbefördern. Nr. 7.

7. Das **ältere Recht** enthielt nur Bestimmungen über den Eisenbahnfrachtvertrag (Art. 422–431). Der Eisenbahnverkehrsordnung maß es zwar nur die Bedeutung einer Verwaltungsanordnung bei, deren Vorschriften im Verhältniß von Absender, beziehungsweise Empfänger zur Eisenbahn nur durch Aufnahme in den einzelnen Frachtvertrag Bedeutung erhielten. Thatsächlich war die Rechtslage aber im Ganzen die gleiche, weil die Bestimmungen der E.V.K.O. in die Reglements aufgenommen waren. Nr. 8.

Für den internationalen Frachtverkehr galt ohnehin schon vor dem 1. Januar 1900 der Berner Vertrag. Wirkliche Abweichungen des älteren Rechts werden am Schlusse der betreffenden §§ bemerkt werden.

§ 453.

Eine dem öffentlichen Güterverkehre dienende Eisenbahn darf die Uebernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reichs nicht verweigern, sofern

1. der Absender sich den geltenden Beförderungsbedingungen und den sonstigen allgemeinen Anordnungen der Eisenbahn unterwirft;
2. die Beförderung nicht nach gesetzlicher Vorschrift oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung verboten ist;
3. die Güter nach der Eisenbahnverkehrsordnung oder den gemäß der Verkehrsordnung erlassenen Vorschriften und, soweit diese keinen Anhalt gewähren, nach der Anlage und dem Betriebe der betheiligten Bahnen sich zur Beförderung eignen;
4. die Beförderung mit den regelmäßigen Beförderungsmitteln möglich ist;
5. die Beförderung nicht durch Umstände, die als höhere Gewalt zu betrachten sind, verhindert wird.

---

[1]) Diese sind nur leges contractus, nicht objektives Recht, selbst wenn sie regierungsseitig bestätigt sind. Ihre irrthümliche Auslegung ist also nicht Revisionsgrund. Druckfehler in ihnen berechtigen zur Anfechtung wegen Irrthums im Vertragsschluß (R.G.E. VI S. 103).

Digitized by Google

Die Eisenbahn ist nur insoweit verpflichtet, Güter zur Beförderung anzunehmen, als die Beförderung sofort erfolgen kann. Inwieweit sie verpflichtet ist, Güter, deren Beförderung nicht sofort erfolgen kann, in einstweilige Verwahrung zu nehmen, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Die Beförderung der Güter findet in der Reihenfolge statt, in welcher sie zur Beförderung angenommen worden sind, sofern nicht zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebs oder das öffentliche Interesse eine Ausnahme rechtfertigen.

Eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften begründet den Anspruch auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens.

Entw. I § 427, II § 445; Denkschr. I S. 272, II S. 3270; E.V.K.O. § 49; A. D. H.G.B. Art. 422.

Nr. 1. 1. Den dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Großbahnen (über die Kleinbahnen bei § 473) ist unter gewissen Bedingungen, die § 453 Abs. 1, 2 aufzählt, ein Kontraktszwang hinsichtlich des Abschlusses von Frachtverträgen auferlegt. Der **Kontraktszwang** besteht unter folgenden Voraussetzungen:

Nr. 2. a) Daß es sich um eine Eisenbahn handelt. Ueber den Begriff der Eisenbahn oben S. 371.

Nr. 3. b) Daß die Eisenbahn dem Güterverkehr dient. Eine zur Beförderung von Personen dienende Eisenbahn, die ein einzelnes Frachtgeschäft eingeht, untersteht nicht dem § 453, vielmehr lediglich den Vorschriften des sechsten Abschnittes (§ 451).

Nr. 4. c) Daß sie dem öffentlichen Güterverkehr dient. Darüber oben S. 369.

Nr. 5. d) Daß der zu schließende Vertrag die Beförderung von Gütern betrifft (dahin gehören auch Thiere und menschliche Leichen). Zum Abschluß von Personentransportverträgen ist die öffentliche Güterbahn als solche nicht verpflichtet.

Nr. 6. e) Daß die Beförderung nach einem innerhalb Deutschlands gelegenen Punkt erfolgen soll. Gleichgültig ist, ob die Beförderung durch das Ausland führt, sofern nur Destinationsort ein inländischer Ort ist (R.G.E. XVIII S. 171). Wieweit ein Kontraktszwang zur Beförderung nach einem außerhalb Deutschlands befindlichen Ort besteht, entscheidet der Berner Vertrag Art. 1, 5. Jenseits desselben besteht ein Kontraktszwang nicht.

Nr. 7. f) Daß der Destinationsort eine für den Güterverkehr eingerichtete Station ist. Die Beförderung über die Station hinaus in das Land hinein oder die Beförderung nach einem zwar an der Bahn gelegenen, aber nicht als Station eingerichteten Ort kann die Bahn ablehnen.

Dagegen ist nicht nothwendig, daß der Destinationsort auf der Bahnstrecke dieser Bahn liegt. Vielmehr ist die Verpflichtung zur Eingehung von Frachtgeschäften bei allen unmittelbaren Beförderungen innerhalb des Deutschen Reiches auferlegt, (entsprechend dem für den internationalen Verkehr normirenden Art. 5 des Berner Vertrages), so daß die Versandstation alle anderen Bahnen zwangsweise mitverpflichtet. (Das gilt nicht für Kleinbahnen § 473 Abs. 2.)

Nr. 8. g) Daß der Absender sich den geltenden Beförderungsbedingungen und den sonstigen allgemeinen Anordnungen der Eisenbahn unterwirft. Solche Beförderungsbedingungen kommen nach der Verkehrsordnung insbesondere in Frage: α) für Leichen E.V.K.O. § 42, β) für lebende Thiere E.V.K.O. § 44, γ) für die in § 50 B der Verkehrsordnung bezeichneten Güter.

Nr. 9. h) Daß die Beförderung nicht einem gesetzlichen Verbot widerstreitet (z. B. dem Verbot des Postgesetzes hinsichtlich der dem Postzwang unterworfenen Güter), noch wider die guten Sitten ist (B.G.B. §§ 134, 138). Als gesetzliche Verbote gelten schon polizeiliche Verbote aller Art (Feuer-, Sanitäts-, Kulturpolizei, aber auch politische Verbote u. dgl. m.). Für den internationalen Verkehr Berner Vertrag Art. 2 Nr. 3.

Nr. 10. i) Daß die Gegenstände sich zur Beförderung eignen. Darüber soll die E.V.K.O. entscheiden, beziehungsweise die gemäß dieser erlassenen Vorschriften. Insbesondere kommt in Frage § 50 der E.V.K.O., für Thiere auch § 44 der E.V.K.O.,

Digitized by Google

für Reisegepäck § 30 E.V.K.O., für Leichen § 42 E.V.K.O. Gewähren diese keinen Anhalt, so soll die Anlage und der Betrieb der betheiligten Bahnen den Maßstab geben, z. B. können nach diesen gewisse Gegenstände wegen ihrer großen Dimensionen sich zur Beförderung nicht eignen,

k) Daß die Beförderung mit den regelmäßigen, d. h. den nach den bestehenden Vorschriften, beziehungsweise nach Lage der Dinge regelmäßig zu haltenden (Eger E.V.K.O. S. 23) Beförderungsmitteln möglich ist (E.V.K.O. § 6 Abs. 1 Nr. 2). Unter Beförderungsmittel fallen auch Expeditionsmittel und Personal. Ihre regelmäßigen Transportmittel wegen eines einzelnen Transportes zu vermehren ist die Bahn nicht verpflichtet. Nr. 11.

l) Daß nicht höhere Gewalt (über den Begriff bei § 456) die Beförderung verhindert (E.V.K.O. § 6 Abs. 1 Nr. 3). Nr. 12.

2. Liegen diese vom Kläger event. zu beweisenden Bedingungen vor, so darf die Bahn den Abschluß des Frachtvertrages nicht verweigern, sonst macht sie sich schadensersatzpflichtig (Abs. 4) und kann auch nach allgemeinen Grundsätzen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen gezwungen werden (R.G.E. XVIII S. 170, C.P.O. §§ 887, 888). Eine entgegenstehende Bestimmung der E.V.K.O. oder des Vertrages ist nichtig. Liegt eine von ihnen nicht vor, so kann die Bahn den Abschluß des Vertrages ablehnen. Hat sie unter Verzicht auf ihr Recht gültig kontrahirt, so ist sie gebunden. Aber auch bei freiwillig abgeschlossenen Verträgen muß sie sich den zwingenden Vorschriften des Gesetzes (§ 471) unterwerfen. Nr. 13.

3. **Abs. 2.** Die vom Absender zur Beförderung ihr angebotenen Güter braucht die Bahn nur insoweit zur Beförderung anzunehmen, als die Beförderung sofort erfolgen kann (E.V.K.O. § 55 Abs. 1). Jedoch ist nach E.V.K.O. § 55 Abs. 2 die Eisenbahn verpflichtet, die ihr zugeführten Güter, soweit die Räumlichkeiten es gestatten, gegen Empfangsbescheinigung mit dem Vorbehalt in Empfang zu nehmen, daß sie für solche nur als Verwahrerin haften und den eigentlichen Frachtvertrag erst abschließen werde, wenn die Beförderung möglich sei. Nr. 14.

4. **Abs. 3.** Die Bahn ist verpflichtet, die Güterbeförderung in der Reihenfolge stattfinden zu lassen, in der sie zur Beförderung angenommen sind, es sei denn, daß zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebes oder das öffentliche Interesse eine Ausnahme rechtfertigen (vgl. Berner Vertrag Art. 5 Abs. 3). Die Verpflichtung der Bahn bezieht sich somit nur auf die Ausführung der Beförderung. Diese soll nach der Priorität des Vertragsabschlusses geschehen. Doch ergiebt sich aus Abs. 1, 2 implicite, daß auch die Anmeldungen nach der Priorität möglichst zu berücksichtigen sind, somit mittelbar die Beförderung nach der Priorität der Anmeldungen — soweit Kontraktszwang besteht — zu geschehen hat. — Zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebes sind solche, die nach den Einrichtungen der Bahn eine Abweichung von dem Prinzip der gleichen Beförderung bedingen, insbesondere Einrichtungen, die Güter besonderer Art in besonderen Zügen befördern lassen (z. B. Eilgüter oder leicht verderbliches Gut oder Kohlen, ferner kleinere Kolli gegenüber großen Sendungen), nur muß die Einrichtung eine generelle, nicht eine spezielle für einen bestimmten Absender sein. Freilich kann auch eine generelle Einrichtung thatsächlich nur bestimmten Personen wegen der örtlichen Verhältnisse zu Gute kommen (Eger, internat. Uebereinkommen S. 85). — Das öffentliche Interesse kommt z. B. im Falle des Krieges, dann auch bei Wasser-, Feuersnoth u. s. w. in Frage; aber man wird es auch schon dann annehmen dürfen, wenn ein einzelner Absender so große Quantitäten zur Beförderung einliefert, daß die später kommenden ungebührlich lange warten müssen; hier wird man der Bahn gestatten dürfen, im Interesse des Publikums unter dringenden Verhältnissen, z. B. zur Meßzeit, die später eingelieferten Güter dazwischen zu schieben (v. Hahn zu Art. 422 § 23, Schott S. 482, 483). Nr. 15.

Abs. 3 bezieht sich nur auf die Zeit der Ausführung, nicht auf die gleichmäßige Behandlung des Publikums hinsichtlich der Fracht. Indessen erklärt die E.V.K.O. § 7, daß die Berechnung der Transportpreise nach Maßgabe der zu Recht bestehenden, gehörig veröffentlichten Tarife erfolge, daß jede Preisermäßigung oder sonstige Begünstigung gegenüber den Tarifen verboten und nichtig sei, und daß nur Begünstigungen bei Transporten für milde und für öffentliche Zwecke, sowie solche im dienstlichen Interesse der Eisenbahnen mit Genehmigung der Landesaufsichtsbehörde zulässig seien (vgl. Berner Vertrag Art. 11, der aber letztere Ausnahme nicht enthält). Tarifermäßigungen, die gehörig veröffentlicht sind und unter Erfüllung der gleichen Bedingungen Jedermann in gleicher Weise zu Gute kommen, sind natürlich erlaubt (Berner Vertrag Nr. 16.

Digitized by Google

Art. 11, z. B. Differentialfrachtsätze, Herabsetzung der Fracht bei größeren Quantitäten, Frachtermäßigungen bei Transport nach gewissen Orten, Eger, intern. Uebereink. S. 206).

Verletzt die Bahn schuldhaft die Verpflichtung gleichmäßiger Behandlung, so ist sie zum Schadensersatz verpflichtet. Handelt es sich um den durch verspätete Ablieferung entstandenen Schaden,[1]) so greifen §§ 466, 439, 470 Abs. 2 Platz.

Nr. 17. 5. Das **ältere** Recht (Art. 422 in Verbindung mit der Eisenbahnverkehrsordnung §§ 6, 49, 50) stimmte im Ganzen überein. Nur legte es der Eisenbahn — soweit es sich um die Beförderung nach einem innerhalb Deutschlands gelegenen Punkte handelte — einen Kontraktszwang lediglich für ihre Bahnstrecke auf.

§ 454.

Auf das Frachtgeschäft der dem öffentlichen Güterverkehre dienenden Eisenbahnen finden die Vorschriften des vorigen Abschnitts insoweit Anwendung, als nicht in diesem Abschnitt oder in der Eisenbahnverkehrsordnung ein Anderes bestimmt ist.

Entw. I § 428, II § 446; Denkschr. I S. 269, II S. 3269.

Vgl. die Einleitung in diesem Abschnitt (oben S. 369 ff.) ferner § 471. Auf das Einzelne ist an den betr. Stellen einzugehen. Hervorzuheben ist nur, daß der größte Theil der in diesem Abschnitt enthaltenen Normen sich mit der Haftpflicht der Eisenbahn aus dem Frachtvertrage befaßt, also Modifikationen der §§ 429—431 darstellt (§§ 456—465, ausgen. § 458, der eine weiterreichende Bedeutung hat: Haftpflicht für Verlust und Beschädigung, § 466: Haftpflicht für Versäumung der Lieferfrist).

Zu betonen ist ferner, daß die besonderen Bestimmungen der §§ 455—471 sich nur auf die dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen beziehen, also nicht auf solche Bahnen, die lediglich dem Personentransport dienen, und die nur gelegentlich einmal Reisegepäck mitbefördern (wo es dann auch nicht „aufgegeben" wird), z. B. gewöhnliche Pferdebahnen.

§ 455.

Die Eisenbahn ist verpflichtet, auf Verlangen des Absenders den Empfang des Gutes unter Angabe des Tages, an welchem es zur Beförderung angenommen ist, auf einem Duplikate des Frachtbriefs zu bescheinigen; das Duplikat ist von dem Absender mit dem Frachtbriefe vorzulegen.

Im Falle der Ausstellung eines Frachtbriefduplikats steht dem Absender das im § 433 bezeichnete Verfügungsrecht nur zu, wenn er das Duplikat vorlegt. Befolgt die Eisenbahn die Anweisungen des Absenders, ohne die Vorlegung des Duplikats zu verlangen, so ist sie für den daraus entstehenden Schaden dem Empfänger, welchem der Absender die Urkunde übergeben hat, haftbar.

Entw. I § 429, II § 447; Denkschr. I S. 272, II S. 3270, 3271.

Ueber den **Abschluß des Frachtvertrages** zwischen Absender und Bahn selbst enthält das Handelsgesetzbuch keine Vorschriften. Wohl aber finden sich solche einmal im Berner Vertrag Art. 8, sodann in der E.V.K.O. § 54.

Nr. 1. 1. Nach dem Berner Vertrag Art. 8 ist der Frachtvertrag abgeschlossen, sobald das Gut mit dem Frachtbrief[2]) von der Versandstation zur Be-

[1]) Es braucht sich nicht nothwendig um solchen zu handeln; möglicherweise ist trotz der Begünstigung des Konkurrenten rechtzeitig abgeliefert, aber es ist dem Einen ein Schade daraus entstanden, daß der begünstigte Konkurrent früher als er auf dem Markte war (v. Hahn zu Art. 422 § 25).

[2]) Der Inhalt des Frachtbriefes ist weit umfangreicher als bei dem gewöhnlichen Frachtgeschäft. Vgl. darüber Berner Vertrag Art. 6, E.V.K.O. § 51. Hervorzuheben ist, daß der Absender auch seine Wohnung zu unterschreiben hat und daß die Auf-

Digitized by Google

förderung angenommen ist. Es genügt also nicht mündliche Vereinbarung, ebensowenig bloß Annahme des Gutes, sondern das Gut muß zur Beförderung angenommen sein, d. h. es muß das die frachtführermäßige Haftpflicht begründende receptum stattgefunden haben und es muß mit dem vorschriftsmäßigen durchgehenden Frachtbrief (Art. 6) angenommen sein, da nur auf Sendungen von Gütern auf Grund durchgehenden Frachtbriefes der Berner Vertrag nach Art. 1 Anwendung findet; diese Annahme endlich muß von der Versandstation erfolgt sein, eine Annahme durch eine andere Stelle ist nicht genügend.

2. Nach der E.V.K.O. § 54 Abs. 1 gilt grundsätzlich das Gleiche. Auch hier bedarf es also zum Abschluß des Frachtvertrages der Annahme von Gut und Frachtbrief zur Beförderung seitens der Versandstation. Doch finden Ausnahmen statt: Nr. 2.

a) für den Transport aufgegebenen Reisegepäcks; hier wird ein Frachtbrief nicht ausgestellt (E.V.K.O. § 32);

b) für den Transport von Expreßgut. Hier läßt die E.V.K.O. § 39 zu, daß von Frachtbriefen abgesehen wird und der Transport auf Gepäckschein oder auf Beförderungsschein (die die Bahn ausstellt) stattfindet.

3. Als Zeichen der Annahme des Gutes, also des Abschlusses des Frachtvertrages wird der Frachtbrief von der Versandstation abgestempelt (Berner Vertrag Art 8 Abs. 1, E.V.K.O. § 54 Abs. 1). Diese Abstempelung, die ohne Verzug nach vollständiger Auflieferung des Gutes und auf Verlangen des Absenders in dessen Gegenwart erfolgen soll (Berner Vertrag Art. 8 Abs. 2, E.V.K.O. § 54 Abs. 2), ist also nicht wesentlich für den Abschluß, sie ist nur ein Zeichen des erfolgten Abschlusses, der in Gemäßheit des oben Bemerkten auch sonst bewiesen werden kann (vgl. auch R.G.E. II S. 58). Nr. 3.

4. **Beweiskraft des Frachtbriefes.** Ist der Frachtbrief abgestempelt, so liefert er als von beiden Theilen vollzogene Urkunde Beweis gegen Absender und gegen die Bahn. Ist er nicht abgestempelt, so liefert er nur Beweis gegen den Absender, nicht gegen die Bahn (Berner Vertrag Art. 8 Abs. 3, E.V.K.O. § 54 Abs. 3). Der abgestempelte Frachtbrief beweist gegenüber der Bahn sowohl die Thatsache des receptum des Gutes,[1]) als den Inhalt des Frachtvertrages. Eine Ausnahme gilt nur hinsichtlich solcher Güter, deren Aufladung der Absender selbst vereinbarungsgemäß besorgt, hier liefert der Frachtbrief über Gewicht und Anzahl der Stücke gegen die Eisenbahn keinen Beweis, es sei denn, daß die Nachwägung oder Nachzählung seitens der Bahn erfolgt und dies auf dem Frachtbrief beurkundet ist (Berner Vertrag Art. 8 Abs. 4, E.V.K.O. § 54 Abs. 4). Gegenbeweis ist zulässig. Nr. 4.

5. Dem Frachtbrief kommt in verschiedenen Beziehungen erhöhte Bedeutung zu theils mit Bezug auf das Verhältniß der Bahn zum Empfänger, theils mit Bezug auf ihr Verhältniß zum Absender. Vgl. darüber bei §§ 459 Nr. 10, 16, 463 Nr. 1, 466 Nr. 5. Nr. 5.

6. Hinsichtlich der **Haftung des Absenders für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben** normirt § 426 Abs. 3 (vgl. E.V.K.O. § 53 Abs. 1, Berner Vertrag Art. 7 Abs. 1). Nach der E.V.K.O. und dem Berner Vertrag ist die Eisenbahn jederzeit -- auch unterwegs — berechtigt, die Uebereinstimmung des Inhalts der Sendungen mit den Angaben des Frachtbriefes zu prüfen und das Ergebniß festzustellen, wobei der Berechtigte eingeladen werden soll, zugegen zu sein. Sie ist ferner jederzeit berechtigt, das Gewicht und die Stückzahl einer Sendung zu ermitteln, ja sie ist sogar verpflichtet, das Gewicht der Stückgüter bei der Aufgabe festzustellen; das letztere geschieht durch Bescheinigung mit dem Wägestempel auf dem Frachtbrief. Bei unrichtiger Angabe des Inhalts der Sendung ist ein Frachtzuschlag zu zahlen (E.V.K.O. § 53 Abs. 2ff., Berner Vertrag Art. 7 Abs. 2—4). Nr. 6.

7. Nach § 455 ist die Eisenbahn **verpflichtet**, auf Verlangen des Absenders (nach dem Berner Vertrag Art. 8 Abs. 5 sogar ohne solch' Verlangen) den **Empfang des Gutes** unter Angabe des Tages, an dem es zur Beförderung angenommen ist, auf Nr. 7.

---

nahme weiterer Erklärungen, als der von der E.V.K.O. vorgeschriebenen oder für statthaft erklärten unzulässig ist. — Der Frachtbrief hat die Gestalt eines bestimmten Formulars zu tragen (für gewöhnliche Fracht weißes Papier, für Eilfracht weißes Papier mit karminrothem Streifen (im internat. Verkehr dunkelrosa Papier), E.V.K.O. § 52, Ausführungsbest. zum Berner Vertrag § 6).

[1]) Doch kann diese Thatsache auch durch andere Momente bewiesen werden (R.G.E. II S. 58).

Digitized by Google

einem vom Absender mit dem Frachtbrief ihr vorgelegten **Duplikat des Frachtbriefes zu bescheinigen.** Die Bescheinigung hat also die Bedeutung einer Quittung über das Rezeptum. Im Uebrigen hat das Duplikat nicht die Kraft des Haupt- (Original-) Frachtbriefes, der der Bahn übergeben ist. Die Wirkungen, die das Gesetz mit dem eigentlichen Frachtbrief verbindet, kommen also nicht dem Duplikat zu. Insbesondere würde die zweite Bahn nur dadurch, daß sie das Gut und den Originalfrachtbrief annimmt, nach § 432 in den Frachtvertrag eintreten, würde das Verfügungsrecht des Absenders erst durch Uebergabe des Originalfrachtbriefes an den Empfänger nach § 433 Abs. 2 erlöschen, würde der Empfänger nur durch Annahme des Originalfrachtbriefes dem Frachtführer aus § 436 zur Zahlung verpflichtet werden u. s. w. Ebensowenig hat das Duplikat die Eigenschaft eines Ladescheins, seine Uebertragung an den Empfänger wäre nicht Uebergabe des Gutes in Gemäßheit von § 450 u. s. w. (E.V.K.O. § 54 Abs. 6, Berner Vertrag Art. 8 Abs. 6).

Nr. 8. Wohl aber wirkt das Frachtbriefduplikat über die obigen Grenzen hinaus nach einer bestimmten Richtung. Der Absender hat das durch § 433 gewährte Recht, die Bahn zur Anhaltung, Rückgabe oder Auslieferung des Gutes an einen anderen, als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger anzuweisen, nur gegen Vorlage (nicht Aushändigung) des Duplikates. Befolgt die Bahn die Anweisungen des Absenders,[1]) ohne von ihm die Vorlage zu verlangen, so ist sie dem Empfänger, dem der Absender das Duplikat übergeben hat, für den daraus entstehenden Schaden haftbar (E.V.K.O. § 64 Abs. 2). In dieser Beziehung ist das Frachtbriefduplikat also dem Ladeschein gleichgestellt (§ 447 Abs. 3). Die Bestimmung geht auf den Berner Vertrag Art. 15 Abs. 2 zurück. Sie trägt der Praxis Rechnung, daß der Absender das Duplikat dem Empfänger überschickt. In solcher Ueberschickung kann eine Uebertragung des Eigenthums am Gute liegen, indem nämlich eine Uebertragung des mittelbaren Besitzes dadurch zum Ausdruck gebracht werden soll. Welche Wirkung aber auch nach bürgerlichem Recht die Uebersendung des Frachtbriefduplikates hat, der Bahn gegenüber erlangt der Empfänger damit das Verfügungsrecht nicht.[2]) Vielmehr wird der Absender lediglich gehindert, sein Verfügungsrecht gegenüber der Bahn geltend zu machen; die Bahn andererseits darf nicht seinen Anweisungen Folge leisten, sonst macht sie sich dem Empfänger schadensersatzpflichtig. Ist das Frachtbriefduplikat verloren gegangen, so muß der Absender die Zustimmung des Empfängers beibringen (E.V.K.O. § 73 Abs. 2, Berner Vertrag Art. 26 Abs. 2). Die Bahn darf aber auch den Anweisungen des Empfängers nicht Folge leisten, solange nicht die Voraussetzungen des § 435 vorliegen.

Nr. 9. 8. Die Eisenbahnverkehrsordnung (nicht der Berner Vertrag) stellt dem Frachtbriefduplikat bei Gütern, die nicht in ganzen Wagenladungen aufgegeben werden, einen als solchen zu bezeichnenden Aufnahmeschein gleich (§ 54 Abs. 7, § 64 Abs. 2).

Nr. 10. 9. Nicht zu verwechseln mit Frachtbrief oder Frachtbriefduplikat sind:

a) **Einträge in ein Quittungsbuch,** die den Empfang des Gutes bekunden sollen (E.V.K.O. § 54 Abs. 8). Sie haben weder die Kraft von Duplikaten, noch von Aufnahmescheinen.

b) **Gepäckscheine** und **Beförderungsscheine** bei Expreßgut (E.V.K.O. § 39), Leichentransport (E.V.K.O. § 43 Abs. 1), Thiertransport (E.V.K.O. § 45) und Beförderung von Reisegepäck (E.V.K.O §§ 32 Abs. 3, 33). Diese werden dem Reisenden bei Abfertigung des Transportgutes ausgehändigt[3]) (E.V.K.O. § 32 Abs. 3) und dienen, da die Gepäckfracht bei der Abfertigung zu entrichten ist (E.V.K.O. § 32 Abs. 4), nicht bloß als Bescheinigung des Rezeptums, sondern auch als solche der erhaltenen Fracht. Das Gepäck wird nur gegen Rückgabe des Gepäckscheins ausgeliefert. Die Eisenbahn ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Berechtigung des Inhabers zu prüfen (E.V.K.O.

---

[1]) Ueber das Recht des Absenders und Empfängers, der Bahn Anweisungen zu ertheilen, bei §§ 433, 434.

[2]) Das Verfügungsrecht des Empfängers beginnt vielmehr der Bahn gegenüber erst mit dem in § 435 bezeichneten Zeitpunkt und absorbirt das des Absenders mit dem in § 433 Abs. 2 bezeichneten Punkt, und zwar auch dann, wenn der Absender das Frachtbriefduplikat im Besitz behalten hat (Berner Vertrag Art. 15 Abs. 4, E.V.K.O. § 64 Abs. 4).

[3]) Nach der E.V.K.O. § 31 Abs. 1 kann die Eisenbahnverwaltung auf dem Gepäckschein den Vermerk mangelnder oder ungenügender Verpackung machen. Nimmt der Reisende dann den Gepäckschein an, so gilt dies als Anerkenntniß des Zustandes durch den Reisenden.

Digitized by Google

§ 33 Abs. 1). Wird der Gepäckschein nicht beigebracht, so muß der Reisende seine Empfangsberechtigung nachweisen, hat einen Revers auszustellen und nach Umständen Sicherheit zu leisten (E.V.K.O. § 33 Abs. 4).

§ 456.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entsteht, es sei denn, daß der Schaden durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten, durch höhere Gewalt, durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage, verursacht ist.

Die Vorschrift des § 429 Abs. 2 findet Anwendung.

Entw. I § 430, II § 448; Denkschr. I S. 272, 273, II S. 327]; Berner Vertrag Art. 30; E.V.K.O. § 75; A. D. H.G.B. Art. 395.

Nr. 1. 1. Wie bereits bei § 429 Nr. 2 bemerkt ist, hat § 456 die **alten Grundsätze** über die Haftung des Frachtführers für den Eisenbahnfrachtverkehr beibehalten. Grund war, daß der Berner Vertrag Art. 30 sich für die strenge Haftung aus dem receptum entschieden hatte. Diese Grundsätze sind für Groß- und Kleinbahnen in gleicher Weise durchgreifend. Weder die Eisenbahnverkehrsordnung noch Verträge können die strenge Haftpflicht des § 456 der Bahn ausschließen oder beschränken (§ 471).

Nr. 2. 2. § 456 erweitert die Haftpflicht der Eisenbahn für **Verlust und Beschädigung des Gutes**, nicht dagegen die Haftpflicht für Versäumung der Lieferfrist; hinsichtlich der letzteren normirt § 466. Die Erweiterung der Haftpflicht für Verlust und Beschädigung des Gutes ist auch keine ausnahmslose. Vielmehr ist umgekehrt die Bahn in einer Reihe von Fällen theils von der Haftung ganz befreit (§§ 459, 465 Abs. 1, 467), theils nur aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens haftbar (§ 465 Abs. 3). Alle derartigen Fälle sind jedoch lediglich aus dem Handelsgesetzbuch oder einem gleich wirksamen Reichsgesetz zu entnehmen. Die Verkehrsordnung ist nicht kompetent, weitere Ausnahmefälle hinzuzufügen[1]) (§ 471).

Nr. 3. 3. Die Erweiterung des § 456 besteht darin, daß an Stelle des allgemeinen Grundsatzes, nach dem der Frachtführer von der Haftung frei ist, wenn Verlust und Beschädigung auf einem Zufall beruhen, eine Befreiung von der Haftung nur eintritt, wenn bestimmte, vom Gesetz angegebene Thatbestände den Verlust oder die Beschädigung des Gutes herbeigeführt haben. Diese Thatbestände werden in § 456 aufgezählt. Es sind vier: Verschulden des Verfügungsberechtigten, nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten, höhere Gewalt, natürliche Beschaffenheit des Gutes. Liegt keiner jener Thatbestände vor, so haftet die Eisenbahn, vorausgesetzt, daß der Verlust oder die Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung, also während des receptum, entstanden ist.[2]) Der Beweis, daß einer jener vier Thatbestände vorliegt, liegt der Bahn („es sei denn", vgl. oben S. 3 Nr. 4), der Beweis, daß der Schade während des receptum entstanden ist, dem Beschädigten ob.

Nr. 4. a) **Verschulden des Verfügungsberechtigten.** Unter Verfügungsberechtigten sind Absender und Empfänger, beziehungsweise deren Rechtsnachfolger zu verstehen,

[1]) Darum ist E.V.K.O. § 75 Abs. 2 nicht einwandsfrei; denn die Ablieferung an Zoll- und Revisionsschuppen, Spediteur und Lagerhäuser ist nicht stets Ablieferung an den Empfänger (Staub[5] zu Art. 395 § 18; vgl. über die Frage Eger, Frachtrecht I S. 302 ff., E.V.K.O. Anm. 417).

[2]) Die Fassung ist hier nicht ganz die gleiche, wie in § 429; dort heißt es „in der Zeit von der Annahme", hier „in der Zeit von der Annahme zur Beförderung". Das Gesetz hat sich hier an den Wortlaut des Berner Vertrages Art. 30 angelehnt, eine sachliche Verschiedenheit liegt nicht vor, zumal nach der E.V.K.O. § 54 Abs. 1 der Frachtvertrag erst mit der Annahme zur Beförderung abgeschlossen wird.

Digitized by Google

und zwar der Absender bis zu dem Moment, in dem nach § 433 Abs. 2 sein Verfügungsrecht erlischt, der Empfänger von dem Moment ab, in dem nach § 435 sein Verfügungsrecht beginnt — vorausgesetzt, daß es nicht nach dem Schlußsatz dieses Paragraphen wieder erlischt. Der Absender gilt als Verfügungsberechtigter auch dann, wenn die in § 455 Abs. 2 ihm auferlegte Schranke besteht, denn die hier getroffene Spezialbestimmung ändert an dem allgemeinen Charakter des Verfügungsrechts des Absenders nichts (Eger, Int. Uebereink. S. 545). Der Verfügungsberechtigte muß in culpa sein; das Verschulden eines Dritten kommt nicht in Frage, es sei denn, daß er den Verfügungsberechtigten zu vertreten hat (z. B. nach B.G.B. §§ 278, 31, 86). Gleichgültig ist der Grad des Verschuldens, auch culpa levis genügt. Gleichgültig auch, ob das Verschulden eingetreten ist bei Abschluß des Frachtvertrages (vgl. aus der Praxis R.G.E. XV S. 151: Verheimlichung der besonderen Natur des Gutes durch den Absender, vgl. R.G. XX S. 78, oder gar unrichtige Deklaration, Nichtanwendung der ihm obliegenden Sorgfalt bei Aufgabe oder Selbstverladung des Gutes) oder nach begonnenem Transport (z. B. der Absender unterläßt es, die gehörigen Anweisungen bei Ablieferungs- oder Transporthindernissen zu ertheilen.[1])

Einen besonderen Fall des Verschuldens des Verfügungsberechtigten hebt § 456 ausdrücklich hervor: Mängel der Verpackung, die äußerlich nicht erkennbar sind. Der Absender hat das Gut in gehöriger Verpackung der Bahn zu übergeben, die Bahn kann sonst den Transport ablehnen. Ist der Mangel äußerlich (durch das Auge oder einen anderen Sinn) erkennbar, so hat die Bahn, die das Gut trotzdem annimmt, nicht bloß die Pflicht, alles zu thun, um den Mangel zu beseitigen (z. B. eine neue Emballage anzulegen), sondern sie kann sich auf den Mangel der Verpackung nachträglich überhaupt nicht berufen, wenn ein Schade entsteht, sondern nur auf davon unabhängige, nach § 456 sie befreiende Thatbestände (vgl. jedoch § 459 Nr. 5 ff.).

Wo Verschulden des Verfügungsberechtigten und des Frachtführers konkurriren, greift B.G.B. § 254 Platz. Es kommt hier also sowohl für die Schadensersatzpflicht als für den Umfang des zu leistenden Ersatzes darauf an, wieweit der Schade von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist. Insbesondere würde die Eisenbahn, die den bei der Annahme nicht erkennbaren Mangel der Verpackung nachher wahrnimmt, alles zu thun haben, um den Mangel zu beseitigen, soweit ihr die Zeit dazu freisteht und nicht erhebliche Kosten erwachsen, es sei denn, daß der Absender es selbst auf sich nimmt, die erforderlichen Maßregeln zu treffen (R.O.H.G. XII S. 107).

Umgekehrt hat die Bahn, soweit das Verschulden des Verfügungsberechtigten, insbesondere des Absenders, ihr selbst Schaden bereitet, Anspruch auf Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen. Die Verkehrsordnung ist auch in dieser Beziehung kompetent, besondere Grundsätze aufzustellen. Vgl. z. B. E.V.K.O. § 53 Abs. 7—10.

Nr. 5. b) **Anweisung des Verfügungsberechtigten**, gleichgültig, ob dieser in Verschulden ist oder nicht. War die Bahn gehalten, der Anweisung Folge zu leisten, so kann sie natürlich für deren Erfolg nicht einstehen. Hat sie jedoch durch ihr Verschulden (z. B. durch schuldhafte Verzögerung der Beförderung) die Anweisung verursacht, so haftet sie aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens. — Immer aber muß es sich um eine die Bahn verpflichtende Anweisung des Verfügungsberechtigten handeln. Würde z. B. der Absender, dem ein Frachtbriefduplikat ausgestellt ist, der Bahn die Anweisung ertheilen, so hat sie vor Vorlegung des Duplikats der Anweisung nicht Folge zu leisten, sonst haftet sie für den daraus entstehenden Schaden zwar nicht dem Anweisenden, aber dem Empfänger, dem das Duplikat übergeben ist (§ 455 Abs. 2).

Nr. 6. c) **Natürliche Beschaffenheit des Gutes.** Als besondere Fälle[2]) hebt das Gesetz hervor: inneren Verderb (Gähren, Faulen, Selbstentzündung, R.G.E. XV S. 147), Schwinden (Eintrocknen, Einrosten, Verdunsten), gewöhnliche Leckage (das Manko, das durch gewöhnliches Durchlecken oder Durchsickern der Flüssigkeit durch die Verpackung entsteht, Eger Int. Uebereink. S. 548), vorausgesetzt, daß die Folge nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers abgewendet werden konnte. Der Exkulpationsbeweis liegt der Bahn ob. Vgl. jedoch § 459 Abs. 1 Ziffer 4, 5, Abs. 2, § 460.

Nr. 7. d) **Höhere Gewalt.** Daß der Begriff der höheren Gewalt im Sinne des § 456 nicht mit dem des Zufalls überhaupt identisch ist, liegt auf der Hand; denn dann bedurfte es der Bestimmung überhaupt nicht weiter, § 429 reichte aus. Zudem werden

[1]) Selbstverständlich bleibt die dem Frachtführer durch § 437 zugestandene Verkaufsberechtigung von § 456 unberührt.

[2]) Weitere wären z. B. bei lebenden Thieren Krankheiten.

Digitized by Google

einerseits gewisse Fälle des Zufalls neben den Fall der höheren Gewalt vom § 456 ausdrücklich als der Haftung des Frachtführers entzogene Thatbestände hingestellt (Anweisung des Verfügungsberechtigten, natürliche Beschaffenheit des Gutes), und wird andererseits die Haftung der Bahn für die Handlungen ihrer Leute in § 458 generaliter ausgesprochen. Hat das Gesetz also zweifellos an der Unterscheidung von höherer Gewalt und gewöhnlichem Zufall festgehalten, so giebt es über die Abgrenzung selbst keinen Aufschluß. Welcher von den beiden über den Begriff der höheren Gewalt geltenden Theorien, der subjektiven oder relativen (hauptsächlich von Goldschmidt vertretenen), der objektiven oder absoluten (hauptsächlich von Exner vertretenen) der Vorzug zu geben sei, sowie, falls man der letzteren folgt, wieweit der Begriff der von außen herstammenden Unfälle zu begrenzen sei, läßt das Gesetz dahingestellt. Unzweifelhaft ist, daß elementare Ereignisse, deren schädliche Wirkung durch menschliche Thätigkeit überhaupt nicht vermieden werden kann (absolute Unvermeidlichkeit), zur höheren Gewalt zählen.

Ihnen wird man aber alle, durch von außen her eintretende Ereignisse[1]) verursachte Unfälle gleichstellen müssen, deren Vermeidung zwar vom mathematisch-logischen Standpunkt möglich war, aber nur unter Aufwendungen und Kosten, die mit dem Gewerbe, das der Frachtführer betreibt,[2]) in einem in die Augen springenden Mißverhältniß stehen, so daß es der Verkehrssitte und der bona fides Hohn sprechen würde, wenn dem Frachtführer die Veranstaltung von Vorkehrungen zu ihrer Verhütung auferlegt würde (so trefflich v. Hahn zu Art. 395 § 11, R.G.E. XIX S. 41, Bolze XV Nr. 341, R.G.E. XXI S. 17, sogen. relative Unvermeidlichkeit). Nothwendig ist vor allem für den Begriff, daß trotz der Anwendung aller Vorsichtsmaßregeln, die von der Bahn irgend erwartet werden konnten, der Unfall nicht vermieden werden konnte, d. h. es genügt nicht, daß die Bahn nachweist, sie habe im konkreten Fall alles gethan, was von ihr als ordentlichem Frachtführer zu prästiren war, sondern es muß das Ereigniß ein derartiges sein, daß überhaupt eine Bahn es nicht abwenden oder dessen Folgen nicht vermeiden konnte, wollte sie ihren Betrieb durchführen.[3]) Konnte sie sie vermeiden, so liegt nicht höhere Gewalt vor, gleichgültig, ob es sich um elementare oder sonstige äußere Ereignisse handelt. Umgekehrt, konnte sie es nach ihrem Betrieb nicht vermeiden, so liegt höhere Gewalt auch dann vor, wenn sie es voraussehen konnte. Man wird z. B. von der Gotthardbahn nicht verlangen können, daß sie ihren Betrieb einstelle, weil zu gewissen Zeiten Lawinenstürze häufig seien. Die praktische Wichtigkeit des Begriffes tritt zumal da hervor, wo nicht aufgeklärt wird,

[1]) Von außen her eintretende Ereignisse im Gegensatz zu Handlungen des Frachtführers und seiner Leute, da er für letztere nach § 458 unbedingt haftet (sog. innerer Zufall, Goldschmidt in Z. III S. 93, 115). Doch können auch die Handlungen seiner Leute durch äußere Ereignisse beeinflußt sein, z. B. eintretende Geistesstörung, Schlaganfall, und insofern höhere Gewalt sein (R.G.E. I S. 254). Von außen her eintretende Ereignisse können elementare sein (Feuersbrunst, Erdbeben, Ueberschwemmung) oder Handlungen Dritter (Raub, Aufruhr, behördliches Eingreifen u. s. w.). Wo die Ereignisse räumlich zu Tage treten, z. B. ob das Feuer außerhalb des Güterschuppens oder im Güterschuppen entsteht, ist gleichgültig (R.O.H.G. VIII S. 31, Eger, E.V.R.O. S. 489).

[2]) A. A. Exner, der auf das konkrete Gewerbe keine Rücksicht nimmt, sondern einen lediglich objektiven Maßstab aufstellt; gegen Exner Fischer, Vis major. Diss., (auch in Iherings Jahrb., Jahrg. 1897), vgl. ferner Volkmar, Vis major und Betriebsgefahr 1900.

[3]) Kann die Bahn z. B. die Ueberschwemmung, den Erdrutsch, den Lawinensturz voraussetzen und danach mit ihren Mitteln ihre Vorkehrungen treffen oder kann sie mit ihren Betriebsmitteln die Folgen auch unabsehbarer Ereignisse vermeiden, so liegt nicht höhere Gewalt vor (R.O.H.G. XII S. 108). Wälzt z. B. ein Verbrecher einen Stein auf die Bahn, so liegt nicht höhere Gewalt vor, wenn der Stein von dem Bahnwärter hätte bei Seite geschafft werden können (Fischer S. 78), würde der Blitz den Lokomotivführer tödten und würde darauf die Bahn entgleisen, so läge nicht höhere Gewalt vor, denn ordnungsgemäß muß ein Assistent zur Stelle sein (Eger, Frachtrecht I S. 271); würde ein heftiger Sturm das auf der Station lagernde Gut beschädigen, so läge nicht höhere Gewalt vor, wenn der Sturm vorausgesehen werden konnte und die Bahn unterließ, das Gut zu schützen. Diebstahl wird meist nicht als höhere Gewalt anzusehen sein (Goldschmidt in Z. III S. 109, VIII S. 432, Keyßner zu Art. 395 Anm. 1).

Digitized by Google

woher der Schade entstanden ist. Entgleist z. B. der Zug in Folge eines Achsenbruches, so genügt es nicht, daß die Bahn nachweist, sie habe die Achse kurz vorher sorgfältig untersuchen lassen (Cosack S. 449), sie müßte vielmehr nachweisen, daß es ihr überhaupt auch bei Anwendung der denkbar größten Vorsicht unmöglich war, den Achsenbruch zu vermeiden (Busch XVIII S. 3, XV S. 41, Bolze II Nr. 964).

Die Bahn hat den Beweis der höheren Gewalt zu führen (siehe oben Nr. 3), d. h. es genügt nicht der Nachweis des äußeren Ereignisses, sondern es ist die Darlegung aller Umstände erforderlich, aus denen sich die Unabwendbarkeit ergiebt, wobei jedoch bei Ereignissen, die ihrem Eintritt und ihren Folgen nach gewöhnlich unabwendbar sind, wie Blitzschlag, der Richter von weiteren Nachweisen wird absehen können (anders bei Diebstahl, Raub); Sache des Gegners wird es dann sein, Umstände zu behaupten, die geeignet sind, den Begriff der höheren Gewalt trotzdem auszuschließen, z. B. daß die Bahn es versäumt habe, die zur Rettung des Gutes erforderlichen Maßregeln zu ergreifen oder daß die Lagerräume feuergefährlich waren (R.O.H.G. VIII S. 31).

Nr. 8. 4. Die **Dauer der Haftung** umfaßt die Zeit von der Annahme des Gutes zur Beförderung bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger. Demnach haftet die Bahn, die das Gut nur in einstweilige Verwahrung nimmt, nur als Verwahrer (E.V.K.O. § 55 Abs. 2). Ueber die Begriffe bei § 429 Nr. 6. Selbstverständlich wird damit nicht in die Bestimmung des § 437 Abs. 2 eingegriffen. Hat die Bahn das Gut vielmehr in Ausübung der ihr durch das Gesetz gewährten Befugniß hinterlegt, so ist sie von der Haftung frei; ebenso hat die Annahmeverweigerung des Empfängers zur Folge, daß sie diesem gegenüber nur noch für dolus und culpa lata haftet (B.G.B. § 300).

Nr. 9. 5. Die **Haftung für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren** aus dem receptum tritt überhaupt nur ein, wenn der Bahn die Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist. Die Angabe braucht erst bei der Uebergabe zur Beförderung, nicht schon bei der Uebergabe zur vorläufigen Einlagerung (E.V.K.O. § 55) zu geschehen. Vgl. übrigens § 467 und § 462. Im Ganzen ist auf § 429 Nr. 9 zu verweisen. Im internationalen Verkehr ist die Beförderung derartiger Gegenstände ausgeschlossen, Ausführungsbestimmung zum Berner Vertrage § 1.

Nr. 10. 6. Die Eisenbahnverkehrsordnung kann die strenge Haftpflicht nicht einschränken, wohl aber ausdehnen. Solche Ausdehnung liegt in § 79 der E.V.K.O., nach dem der zur Klage Berechtigte das Gut ohne weiteren Nachweis als in Verlust gerathen betrachten kann, wenn sich dessen Ablieferung um mehr als 30 Tage nach Ablauf der Lieferfrist verzögert, eine Fiktion zu Gunsten des Berechtigten, ebenso in E.V.K.O. § 35 Abs. 1, wonach fehlende Gepäckstücke nach Ablauf von 3 Tagen nach Ankunft des Zuges, zu dem sie aufgegeben sind, als in Verlust gerathen betrachtet werden. (Vgl. auch Berner Vertrag Art. 33.) Sie liegt mittelbar auch darin, daß den Eisenbahnen in allen Verlust-, Minderungs- oder Beschädigungsfällen auferlegt ist, sofort eine eingehende Untersuchung vorzunehmen, das Ergebniß schriftlich festzustellen und dasselbe den Betheiligten auf ihr Verlangen mitzutheilen; daß ferner die Bahn überall, wo sie solch' Ereigniß nur vermuthet oder der Verfügungsberechtigte es behauptet, die Feststellung zu Protokoll vorzunehmen hat. Vgl. E.V.K.O. § 71, Berner Vertrag Art. 25.

§ 457.

Muß auf Grund des Frachtvertrags von der Eisenbahn für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Absendung in dem Zeitpunkte der Annahme zur Beförderung hatte, unter Hinzurechnung dessen, was an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht bereits bezahlt ist.

Im Falle der Beschädigung ist für die Minderung des im Abs. 1 bezeichneten Werthes Ersatz zu leisten.

Digitized by Google

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

Entw. I § 404, II § 449; Denkschr. I S. 272, II S. 3271. E.V.K.O. §§ 80, 83 Satz 1, 88, A. D. H.G.B. Art. 396, 423.

Die Abweichung von § 430 ist im Anschluß an den Berner Vertrag Art. 34, 37 vorgenommen.

1. Es entscheidet somit bei **Verlust des Gutes** nicht der gemeine Handelswerth, Nr. 1.
beziehungsweise gemeine Werth, der am Destinationsort zur Zeit, wo die Ablieferung zu bewirken war, herrscht — sondern der am Versandort im Zeitpunkt der Annahme zur Beförderung (nicht zur vorläufigen Einlagerung) herrschende. Maßgebend für diese Modifikation war der Gesichtspunkt, daß die Versandstation, die das Gut zur Beförderung entgegennimmt, nicht in der Lage ist, den Werth des Gutes zur Ablieferungszeit und am Ablieferungsort zu überschauen und danach ihre Maßregeln zu treffen (Eger, Int. Uebereink. S. 597), während umgekehrt der Absender durch Interessedeklaration seine Lage verbessern kann (§ 463).

Da der Versandort und der Zeitpunkt des receptum zu Grunde gelegt wird, müssen die vom Absender bezahlten Kosten und Frachtgebühren hinzugerechnet werden.

2. Bei **Beschädigung** des Gutes soll für die durch die Beschädigung erfolgte Nr. 2.
Minderung des gemeinen (Handels- oder) Werthes, wie ihn das Gut am Versandorte zur Zeit der Annahme zur Beförderung hatte, Ersatz geleistet werden. Es ist somit zu ermitteln, einmal welches der gemeine (Handels- oder) Werth des unbeschädigten Gutes am Versandorte zur Zeit der Annahme zur Beförderung war — sodann wie groß die Minderung durch die Beschädigung ist. Ist das Gut nunmehr einfach werthlos, so ist der ganze oben zu 1 erörterte Betrag zu zahlen; besitzt es noch einen Werth, aber einen geringeren, als jenen, so ist die Differenz zu zahlen. Regelmäßig wird durch Verkauf am Destinationsort der Werth des beschädigten Gutes festgestellt werden, doch kann auch Sachverständigentaxe genügen. Vgl. bei § 430 Nr. 4. Nr. 3.

3. Von den obigen Bestimmungen gelten mehrfache **Abweichungen:**

a) Bei durch dolus oder culpa lata der Bahn herbeigeführtem Schaden kann Ersatz des vollen Schadens beansprucht werden (§§ 457 Abs. 3, 461 Abs. 2, 462 Abs. 2). Dies entspricht § 430 Abs. 3, ebenso Berner Vertrag Art. 41.

b) Die Bahnen können in Ausnahmetarifen einen Höchstbetrag festsetzen. Vgl. § 461.

c) Speziell für Kostbarkeiten u. dgl. kann die E.Verkehrsordnung, beziehungsweise bei Kleinbahnen das Reglement die Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränken, vgl. bei § 462; ebenso für zur Beförderung aufgegebenes Reisegepäck. Vgl. § 465 Abs. 2.

d) Der Absender kann das Interesse deklariren und dann bis zur Höhe der Deklaration den Ersatz des weiter entstandenen Schadens fordern, vgl. § 463.

4. Darüber hinaus ist eine Einschränkung der Haftpflicht der Bahn durch die Nr. 4.
Verkehrsordnung oder durch Vertrag unzulässig, § 471.

5. Nach der E.V.K.O. § 82 kann der Entschädigungsberechtigte, wenn er die Nr. 5.
Entschädigung für das in Verlust gerathene Gut in Empfang nimmt, in der Quittung den Vorbehalt machen, daß, falls das Gut binnen 4 Monaten nach Ablauf der Lieferfrist wieder aufgefunden wird, er hiervon zu benachrichtigen sei. Erfolgt dann die Benachrichtigung, so kann er Rückgabe des Gutes binnen 30 Tagen verlangen gegen Rückerstattung der Entschädigungssumme. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so erhält die Bahn die freie Verfügung über das Gut. Ueber den Fall des Verlustes von Reisegepäck bei § 465.

6. Das **ältere** Recht (Art. 396, 423) ließ bei inländischem Verkehr den gemeinen Nr. 6.
Handelswerth am Destinationsort zur Zeit der Ablieferung entscheiden, stimmte also in diesem Punkte mit den allgemeinen Grundsätzen überein. Dies hat für alle vor dem Inkrafttreten dieses Abschnittes abgeschlossenen Frachtverträge des inländischen Verkehrs zu gelten.

§ 458.

Die Eisenbahn haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient.

Entw. I § 431, II § 450; Denkschr. I S. 273, II S. 3271. A. D. H.G.B. Art. 423.

Digitized by Google

Nr. 1. 1. Während nach § 431 der Frachtführer nur ein Verschulden seiner Leute und der Personen, deren er sich bei Ausführung des Transportes bedient, als eigenes Verschulden zu vertreten hat, haftet nach § 458 in Uebereinstimmung mit dem älteren Recht (Art. 400, 423) die Bahn schlechthin für ihre Leute und die anderen Personen, deren sie sich bei Ausführung der Beförderung bedient. Die Handlungen dieser gelten schlechthin als von ihr zu vertretende Handlungen. Sie wird von der Haftung dafür nur durch Berufung auf die in § 456 angegebenen Thatbestände oder die sonstigen gesetzlichen Vorschriften (§ 459 u. s. w.) frei.[1])

Nr. 2. 2. Die Stellung der Vorschrift scheint darauf hinzudeuten, daß die Haftung, die der Bahn in § 458 auferlegt ist, sich nur auf den durch Verlust oder Beschädigung des Gutes während des receptum entstandenen Schadens erstreckt. In der That hebt auch die Denkschrift (II S. 3271) hervor, die Vorschrift sei eine Folgerung aus dem für die Eisenbahnen allgemein aufrecht erhaltenen strengen Haftungsgrundsatze des Art. 395 (jetzigen § 456). Indessen ist die Tragweite der Vorschrift eine weitere.[2]) Freilich wird, soweit ein Verschulden der Bahn erfordert wird, diese für ihre Leute nur soweit haften, als ihr entweder eine culpa in eligendo, beziehungsweise custodiendo zur Last fällt, oder als die Leute selbst in culpa sind. Es wird somit dasselbe Resultat erzielt, als ob § 431 Anwendung finde. Aber dies Resultat ergiebt sich aus § 458, nicht aus direkter Heranziehung von § 431. Dies ist wichtig, weil nach § 471 weder die E.V.K.O. noch ein Vertrag die Haftung der Bahn aus § 458 einschränken kann, während solche Einschränkung gegenüber § 431 zulässig wäre. Vgl. übrigens bei § 466.

Nr. 3. 3. Hinsichtlich der Haftung für die folgenden Bahnen bei durchgehendem Frachtbrief normirt § 432 Abs. 1, 2. Vgl. bei § 469.

§ 459.

Die Eisenbahn haftet nicht:

1. in Ansehung der Güter, die nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender in offen gebauten Wagen befördert werden,
   für den Schaden, welcher aus der mit dieser Beförderungsart verbundenen Gefahr entsteht;
2. in Ansehung der Güter, die, obgleich ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung während der Beförderung erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbrief unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung zur Beförderung aufgegeben worden sind,
   für den Schaden, welcher aus der mit dem Mangel oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbundenen Gefahr entsteht;
3. in Ansehung der Güter, deren Aufladen und Abladen nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender von diesem oder von dem Empfänger besorgt wird,

---

[1]) Als solche Leute erklärt die E.V.K.O. § 37 auch die von der Eisenbahnverwaltung bestellten Gepäckträger, die das Reise- und Handgepäck im Stationsbereiche nach und von den Wagen, Abfertigungsstellen u. s. w. zu schaffen haben (anders das ältere Recht). Sie haftet für sie also schlechthin nach Maßgabe der Vorschriften über das Reisegepäck.

[2]) Ebenso auch im Berner Vertrag Art. 29, wo dies durch die Stellung der Vorschrift klargestellt ist. Vgl. auch Eger, Int. Uebereink. S. 523, Rosenthal S. 180.

Digitized by Google

für den Schaden, welcher aus der mit dem Aufladen und Abladen oder mit einer mangelhaften Verladung verbundenen Gefahr entsteht;

4. in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Verlust oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage, Austrocknung und Verstreuung, zu erleiden,

für den Schaden, welcher aus dieser Gefahr entsteht;

5. in Ansehung lebender Thiere

für den Schaden, welcher aus der für sie mit der Beförderung verbundenen besonderen Gefahr entsteht;

6. in Ansehung derjenigen Güter, einschließlich der Thiere, welchen nach der Eisenbahnverkehrsordnung, dem Tarif oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender ein Begleiter beizugeben ist,

für den Schaden, welcher aus der Gefahr entsteht, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird.

Konnte ein eingetretener Schaden den Umständen nach aus einer der im Abs. 1 bezeichneten Gefahren entstehen, so wird vermuthet, daß er aus dieser Gefahr entstanden sei.

Eine Befreiung von der Haftpflicht kann auf Grund dieser Vorschriften nicht geltend gemacht werden, wenn der Schaden durch Verschulden der Eisenbahn entstanden ist.

Entw. I § 432, II § 451; Denkschr. I S. 273, II S. 3271. E.V.K.O. § 77; A. D. H.G.B. Art. 424.

Nr. 1. Die Bestimmung ist fast wörtlich und gänzlich inhaltlich übereinstimmend mit Berner Vertrag Art. 31. Sie enthält eine Ausnahme von § 456, aber auch eine solche von § 429, insofern die Vertheilung der Beweislast eine grundsätzlich andere ist (Abs. 3).

Die Haftpflicht der Eisenbahn wird im ersten Absatz für gewisse Güter hinsichtlich aus gewissen Gefahren eintretender Schäden (sei es durch Verlust, sei es durch Beschädigung dieser Güter) ausgeschlossen. Die Güter und die Gefahren, für die die Eisenbahn nicht haften soll, werden unter sechs Ziffern aufgeführt, und zwar derart, daß bei jeder Ziffer zuerst die Güter und dann der Schade, der eximirt ist, hervorgehoben werden.

Abs. 2 enthält eine Rechtsvermuthung für die Entstehungsursache des Schadens bei derartigen Gütern.

Abs. 3 erläutert die vorgehenden Bestimmungen dahin, daß die Bahn für den durch Verschulden entstandenen Schaden haftbar sein solle.

Alle drei Absätze handeln von der Haftung für Verlust und Beschädigung während des receptum. Auf andere Fälle sind sie nicht auszudehnen und selbstverständlich nicht auf Ansprüche des Frachtführers gegen den Absender.

Nr. 2. **Absatz 1 Ziffer 1.** Die Güter müssen:

a) In offen gebauten Wagen befördert werden, d. h. in einer Bedachung entbehrenden Wagen. Bedachung ist eine ihrer Konstruktion nach dauernde Einrichtung, die zur Bedeckung von Oben dient (R.G.E. X S. 106, Eger, E.V.K.O. S. 498). Die bloß vorübergehende Bedeckung der Güter mit Regendecken (Persenningen, Plänen) oder dielleberdeckung des Wagens mit Decklaken (R.O.H.G. XII S. 119, XIII S. 432, XIV S. 219, R.G.E. X S. 106) macht den Wagen nicht zum gedeckten.

Nr. 3. b) Die Beförderung in offen gebauten Wagen muß vereinbarungsgemäß erfolgen, nicht einseitig willkürlich seitens der Bahn. Und zwar muß die Vereinbarung

Digitized by Google

mit dem Absender geschehen sein.[1]) Vereinbarungen mit dem Empfänger genügen nicht. Auch muß die Vereinbarung entweder auf dem Tarif beruhen oder in den Frachtbrief aufgenommen sein. Geht die Vereinbarung dahin, daß die Bahn für Bedeckung des Gutes mit Tüchern gegen Miethspreis sorgen soll,[2]) so greift Abs. 1 ebenfalls Platz (vgl. oben Nr. 2). Befördert dagegen die Bahn nach erfolgter Vereinbarung thatsächlich aus Liberalität in verdeckten Wagen, so verschlechtert sie dadurch ihre Lage nicht, sie kann sich auf § 459 berufen (R.O.H.G. XIII S. 432, XXV S. 171, R.G.E. I S. 16, X S. 106). — Gleichgültig ist, ob der Gegenstand selbst in offenem oder verschlossenem Behältniß steckt (Bolze XIX Nr. 510).

Nr. 4. c) Der Schade muß auf die mit der Beförderung in offenem Wagen verbundene Gefahr zurückgehen; vor allem kommen in Betracht Witterungsschäden, dann Schäden aus Zerbrechen oder Herausfallen, Feuersgefahr (R.G.E. XXXIV S. 45), dagegen nicht Diebstahl, Achsenbruch. E.V.K.O. § 77 Nr. 1 macht eine Ausnahme für Verlust ganzer Stücke und für auffallenden Gewichtsabgang. Für solche bleibt § 457 maßgebend. Der Bahn darf endlich kein Verschulden nachgewiesen sein. Vgl. unten Nr. 22, 23.

Nr. 5. **Ziffer 2.** Uebernimmt die Bahn Güter mit äußerlich erkennbaren Mängeln der Verpackung, so kann sie sich an sich nicht auf solche Mängel berufen (vgl. bei § 456 Nr. 4). Hiervon macht Abs. 2 eine Ausnahme. Sind die Güter ihrer Natur nach verpackungsbedürftig und hat der Absender auf dem Frachtbrief erklärt, daß sie unverpackt oder mangelhaft verpackt zur Beförderung aufgegeben seien, so haftet die Bahn für den aus dem Mangel der Verpackung entstandenen Schaden nicht, wenn ihr nicht ein Verschulden nachgewiesen wird. Nothwendig ist:

Nr. 6. a) Die Güter müssen ihrer Natur nach verpackungsbedürftig sein. Bedürfen sie keiner Verpackung, z. B. Kohlen, Holzkohlen, so kommt Nr. 2 überhaupt nicht in Betracht.

Nr. 7. b) Sie müssen unverpackt oder mangelhaft verpackt eingeliefert sein. Solchenfalls kann die Bahn die Annahme zur Beförderung ablehnen (E.V.K.O. § 58 Abs. 2, Berner Vertrag Art. 9 Abs. 2). Sie kann aber auch die Güter zur Beförderung annehmen.

Nr. 8. c) Letzterenfalls kann sie aber als Vorbedingung stellen, daß der Absender auf dem Frachtbrief das Fehlen oder die Mängel der Verpackung unter spezieller Bezeichnung anerkennt (E.V.K.O. § 58 Abs. 2, Berner Vertrag Art. 9 Abs. 2).

Nr. 9. d) Macht sie von letzterem Recht keinen Gebrauch, so kann sie sich auf die Mängel nicht berufen, es sei denn, daß der Absender arglistig handelt (E.V.K.O. § 58 Abs. 3).

Nr. 10. e) Erfüllt dagegen der Absender die Vorbedingung und bescheinigt auf dem Frachtbrief die Mängel, d. h. daß das Gut unverpackt oder mangelhaft verpackt sei, so steht sie für den daraus entstehenden Schaden nicht ein, es sei denn, daß ihr Verschulden nachgewiesen wird (Berner Vertrag Art. 9 Abs. 3. Art. 31 Nr. 2). Nur Bescheinigung auf dem Frachtbrief genügt, sonstige Erklärung des Absenders ist bedeutungslos. Die Haftentfreiung bezieht sich nur auf den Schaden aus den Verpackungsmängeln, nicht aus sonstigen Ursachen; zu jenem gehören insbesondere Witterungseinflüsse, aber auch Diebstahl (R.O.H.G. VI S. 177), Leckage u. dgl. (Eger, E.V.K.O. S. 502).

Ziffer 3. Die Güter müssen danach:

Nr. 11. a) Nicht von der Bahn selbst, sondern von dem Absender oder von dem Empfänger auf- beziehungsweise abgeladen werden. Aufladen oder Verladen ist das Vornehmen aller Verrichtungen, die nothwendig sind, um die Güter in die Wagen herein und sie darin unterzubringen, gleichgültig, ob es am Versandorte oder unterwegs geschieht (Umladen). Abladen umfaßt alle Vorrichtungen, die erforderlich sind, um die Güter am Destinationsort aus dem Wagen herauszubringen. Diese Handlungen also müssen von dem Absender, beziehungsweise Empfänger „besorgt"

[1]) Nach der E.V.K.O. § 57 kann der Absender, soweit nicht eine Bestimmung der E.V.K.O. oder Zoll-, Steuer- oder polizeiliche Vorschriften oder zwingende Gründe des Betriebes entgegenstehen, durch schriftlichen Vermerk auf dem Frachtbrief verlangen, daß bei Gütern, die nach dem Tarif in offen gebauten Wagen befördert werden, die Beförderung in gedeckt gebauten Wagen erfolge und umgekehrt. Ersterenfalls kann die Bahn einen Frachtzuschlag erheben.

[2]) Vgl. E.V.K.O. § 57 Abs. 3.

Digitized by Google

werden, d. h. von ihm in Person oder durch seine Leute, beziehungsweise von ihm gedungene Arbeiter, auch solche, die sonst im Dienst der Bahn stehen, vorgenommen werden. Der Aufladung durch den Absender steht es gleich, wenn derselbe die Bahn anweist, die von einem anderen Orte angelangte Waare ohne Revision der Ladung weiter zu transportiren, er also die frühere Aufladung gleichsam zu der seinigen macht (R.O.H.G. XIII S. 132).

b) Die Besorgung muß nach der Bestimmung des Tarifs[1]) oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender geschehen. Die bloß mündliche Vereinbarung genügt also nicht. Ist die Vereinbarung erfolgt und ladet thatsächlich die Bahn nachher selbst auf beziehungsweise ab, so erhöht sie damit ihre Verantwortlichkeit nicht. Vgl. das oben Nr. 3 hinsichtlich der verdeckten Wagen Bemerkte. Nr. 12.

c) Unter solchen Voraussetzungen haftet die Bahn nicht für den Schaden, der durch das Auf- und Abladen entsteht, soweit ihr nicht selbst ein Verschulden nachgewiesen wird. Ob der Schade unmittelbar bei der Verladung oder erst nachträglich in Folge schlechter Verladung entsteht, ist gleichgültig. In Zusammenhang hiermit steht auch die oben bei § 455 Nr. 4 erwähnte Bestimmung der E.V.K.O. § 54 Abs. 4, wonach der Frachtbrief hinsichtlich des Gewichtes und der Anzahl solcher Güter keinen Beweis liefert, es sei denn, daß die Bahn sie selbst nachgewogen oder nachgezählt hat und dies auf dem Frachtbrief beurkundet ist (Eger, E.V.K.O. S. 504). Nr. 13.

Ziffer 4. Nach § 456 haftet die Bahn ohnehin nicht für den Schaden, der durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes verursacht ist. Das Gesetz denkt in § 456 an den gewöhnlichen Schaden, den das Gut bei regelmäßigem Lauf der Dinge vermöge seiner natürlichen Beschaffenheit erleidet (gewöhnliche Leckage). Demgegenüber hat § 459 Ziffer 4 besondere Gefahren im Auge, die durch die eigenthümliche Beschaffenheit des Gutes (dessen leichte Verletzbarkeit) erzeugt werden, und die entweder ihrem Eintritt nach oder dem Umfang ihrer Folgen nach außergewöhnlich sind; als Beispiele des besonderen Umfanges werden Bruch, Rost, innerer Verderb, außergewöhnliche Leckage, Austrocknung, Verstreuung aufgeführt. Aber auch für solche Schäden würde nach § 456 die Bahn nicht haften, denn sie sind eine Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes. Ziffer 4 ist somit streng genommen überflüssig. Praktisch wichtig ist sie nur wegen der Rechtsvermuthung des Abs. 2. Nr. 14.

Ziffer 5. Auch diese Ziffer ist streng genommen überflüssig, sie ergiebt sich schon aus § 456. Unter lebenden Thieren sind Thiere jeder Art und Gattung, zahme und wilde, vierfüßige, Vögel, Fische, Insekten zu verstehen. Die besonderen Schäden, die aus der Beförderung entstehen, brauchen nicht gerade auf die besondere Natur des Thieres zurückgeführt zu werden, es genügt schon, daß sie dem Thiertransport überhaupt entspringen. Beispiele: Ersticken, Entlaufen, Verhungern u. s. w. Gleichgültig ist, ob der Schade beim Einladen, während des Transportes oder beim Ausladen entsteht. Natürlich können bei lebenden Thieren auch die Befreiungsgründe aus Ziffer 1—4 und 6 in Frage kommen. Zumal der Grund unter Ziffer 3 ist von Bedeutung, da die E.V.K.O. § 44 Abs. 5 verlangt, daß die Einladung und Ausladung durch den Absender, beziehungsweise Empfänger erfolgt. Nr. 15.

Ziffer 6. Unter Gütern sind auch Leichen zu verstehen. Die Verkehrsordnung verlangt z. B. stets Begleiter bei Leichen (§ 42 Abs. 3), ferner bei auf eigenen Rädern laufenden Lokomotiven, Tendern und Dampfwagen § 50 B Nr. 4, sie gestattet, Begleitung zu verlangen bei lebenden Thieren mit Ausnahme kleiner, in tragbaren, gehörig verschlossenen Käfigen aufgegebener Thiere (§ 44 Abs. 4). Der Verkehrsordnung steht die gehörig publizirte reglementarische Bestimmung, sowie die mit dem Absender getroffene, in den Frachtbrief aufgenommene Vereinbarung gleich. Bloß mündliche Vereinbarung mit dem Absender oder gar bloße thatsächliche Mitgabe eines Begleiters durch diesen genügt nicht. Nr. 16.

Das Gesetz entbindet die Bahn von der Haftung in Ansehung derjenigen Güter, denen ein Begleiter beizugeben ist. Das Gesetz sagt also nicht, daß der Begleiter ihnen wirklich beigegeben ist. Wird somit vom Absender unterlassen, einen Begleiter beizugeben oder verläßt dieser unterwegs den Zug, so haftet die Bahn nur, soweit ihr

[1]) Unter Tarif ist nicht bloß das Verzeichniß der Fahr- und Frachtpreise zu verstehen, sondern überhaupt die ordnungsgemäße, gehörig publizirte, reglementare Bestimmung (R.O.H.G. XXI S. 110).

Digitized by Google

ein Verschulden nachgewiesen wird, es sei denn, daß sie bewußt auf die Begleitung verzichtet hat. Letzterenfalls haftet sie nach allgemeinen Grundsätzen.

Die Entbindung von der Haftung bezieht sich auf Schäden aus Gefahren, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt war, also z. B. bei Thieren Schäden aus unterlassener Fütterung, Obhut u. dgl.

Nr. 17. **Absatz 2.** Dieser besonders wichtige (R.O.H.G. VI S. 178, XII S. 24) Theil des § 459 stellt eine praesumtio juris auf, die durch Gegenbeweis widerlegbar ist. Es wird vermuthet, daß ein Schade, der während des receptum der im Absatz 1 aufgeführten Güter zustieß, aus der bei den betreffenden Ziffern angegebenen Gefahr entstanden sei, wenn nicht die Umstände diese Annahme ausschließen. Das will besagen:

Nr. 18. 1. Liegt es auf der Hand, daß der Schade lediglich die Folge eines bestimmten Ereignisses ist, z. B. eines Blitzstrahles, einer schlechten Beschaffenheit des Transportmittels der Bahn, einer Nachlässigkeit oder gar Arglist des Bahnpersonals — und daß dieses Ereigniß nicht durch die in § 459 Ziffer 1—6 angegebenen Thatbestände verursacht, sondern ganz und gar unabhängig von ihnen eingetreten ist — so bestimmt sich die Haftung der Bahn nach den allgemeinen Grundsätzen, § 459 kommt überhaupt nicht weiter in Betracht.

Nr. 19. 2. Steht es umgekehrt fest, daß der Schade die Folge der in § 459 Abs. 1 aufgeführten Gefahren ist, so haftet die Bahn nicht, wenn ihr nicht ein Verschulden nachgewiesen ist, das für den Schaden mitursächlich war. Sie haftet also mangels Nachweis eigener culpa z. B. nicht für den Schaden, der den in offenen Wagen beförderten, nicht verpackten Gütern (Ziffer 1) durch Regenguß, der den mangelhaft verpackten Gütern (Ziffer 2) durch Herausfallen des Gutes aus der Verpackung, der den vom Absender aufgeladenen Gütern (Ziffer 3) durch notorisch schlechte Aufladung, der besonders empfindlichen Gütern (Ziffer 4), z. B. Obst, Fleisch, Eis durch die Temperatur, der lebenden Fischen (Ziffer 5) durch die Hitze oder umgekehrt lebenden Papageien durch die Kälte, der begleitungsbedürftigen Gütern (Ziffer 6) durch Nachlässigkeit des Begleiters, entstanden ist.

Nr. 20. 3. Sind dagegen die Umstände des konkreten Falles derart, daß die Möglichkeit besteht, daß der Schade eine Folge der in Abs. 1 aufgeführten Gefahren ist, so tritt die Rechtsvermuthung des Abs. 2 in Kraft. Die Umstände des konkreten Falles müssen derart sein, es genügt nicht, daß rein abstrakt die Möglichkeit vorhanden ist, den Schaden auf jene Gefahren zurückzuführen. Der Richter kann deshalb, soweit es ihm angemessen erscheint (R.O.H.G. VI S. 178), die Bahn zur Darlegung der Umstände des konkreten Falles anhalten (a. A. v. Hahn zu Art. 424 § 19). Weisen die Umstände des konkreten Falles die Möglichkeit der Zurückführung auf jene Gefahren zurück, war z. B. nach der Darlegung der Parteien das in offen gebautem Wagen beförderte Gut der Gefahr der Durchnässung durch wasserdichte Verpackung entzogen, so tritt die Rechtsvermuthung nicht ein (Eger, E.V.R.O. S. 508, R.O.H.G. XVII S. 304). Die Umstände des konkreten Falles müssen nur die Möglichkeit zulassen, daß der Schade aus jener Gefahr entstanden ist, einer Glaubhaftmachung der Entstehung aus jener Gefahr bedarf es nicht (R.O.H.G. XVII S. 304, R.G.E. X S. 109, R.G. in H. G.Z. XIX S. 156). Diese Möglichkeit wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß andere Ursachen erweislich mit in Betracht kommen.

Nr. 21. 4. Die Rechtsvermuthung wird durch den Gegenbeweis entkräftet, daß der Schade nicht aus jener Gefahr entstand, sei es negativ, daß er nicht aus solcher Gefahr habe entstehen können, sei es positiv, daß er aus anderer der Bahn zur Last fallender Gefahr entstanden sei (R.G.E. X S. 109). Vgl. Seuffert XLI Nr. 42.

Nr. 22. **Absatz 3.** Der Nachweis des Verschuldens der Bahn oder ihrer Leute[1]) (§ 458) zerstört die Haftbefreiung. Das Gesetz verpflichtet also die Bahn auch bei Vorhandensein der Voraussetzungen des Abs. 1 zur Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers. Wieweit sich ihre Fürsorge auf das Gut zu erstrecken hat, richtet sich nach Lage des Falles. So hat sie dafür zu sorgen, daß in offenen Wagen befördertes, feuergefährliches Gut nicht den Funken der Lokomotive zu sehr ausgesetzt wird (R.G.E. XX S. 121), insbesondere daß die technisch-möglichen Vorkehrungen zur Beschränkung des Funkenfluges von ihr gewissenhaft getroffen werden, daß nicht schlechtes, den Funkenflug vermehrendes Heizmaterial verwendet wird (R.O.H.G. XV S. 83), daß der Wagen nicht zu nahe der Lokomotive eingestellt wird (R.O.H.G. IX

[1]) Z. B. Ausführung des Diebstahls oder Theilnahme am Diebstahl (R.O.H.G. XIX S. 136).

Digitized by Google

S. 338, R.G.E. XXXIV S. 46). Sie hat bei Gütern, die durch ihre Größe der Gefahr, an Brücken oder Tunnels anzustoßen (Löwenkäfig), ausgesetzt sind, die nöthigen Vorkehrungen zu treffen, um dies zu vermeiden (R.O.H.G. XVII S. 298)[1]. Ist vereinbart, daß der zu benutzende offene Wagen mit einer Decke versehen wird, so hat sie dafür zu sorgen, daß die gelieferte Decke nicht defekt ist (Bolze XII Nr. 427).

Den Nachweis des Verschuldens der Bahn hat der Beschädigte zu Nr. 23.
erbringen, und zwar den Nachweis, daß durch das Verschulden der Schade entstanden ist (R.O.H.G. XV S. 86).

§ 460.

Bei Gütern, die nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei der Beförderung regelmäßig einen Gewichtsverlust erleiden, ist die Haftpflicht der Eisenbahn für Gewichtsverluste bis zu den aus der Eisenbahnverkehrsordnung sich ergebenden Normalsätzen ausgeschlossen.

Der Normalsatz wird, falls mehrere Stücke auf denselben Frachtbrief befördert werden, für jedes Stück besonders berechnet, wenn das Gewicht der einzelnen Stücke im Frachtbriefe verzeichnet ist oder sonst festgestellt werden kann.

Die Beschränkung der Haftpflicht tritt nicht ein, soweit der Verlust den Umständen nach nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes entstanden ist oder soweit der angenommene Satz dieser Beschaffenheit oder den sonstigen Umständen des Falles nicht entspricht.

Bei gänzlichem Verluste des Gutes findet ein Abzug für Gewichtsverlust nicht statt.

Entw. I § 433, II § 452; Denkschr. I S. 273, II S. 3271; E.V.K.O. § 78; A. D. H.G.B. Art. 426.

Die Bestimmung des § 460 bildet eine Ergänzung zu § 456. Nach § 456 ist die Nr. 1.
Bahn nicht haftbar für Verlust und Beschädigung des Gutes, die durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes verursacht ist. Gewisse Güter erleiden nun bei der Beförderung nach ihrer natürlichen Beschaffenheit regelmäßig einen Gewichtsverlust, so z. B. flüssige oder feuchte Güter, von trocknen Gütern z. B. frische Früchte, Schafwolle, Häute, Felle, getrocknetes Obst u. a. m. Um den Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten des der Bahn nach § 456 obliegenden Nachweises der Ursachen des Gewichtsverlustes vorzubeugen, schließt § 460 bei während des receptum eintretendem Gewichtsverlust die Haftung der Bahn für den Gewichtsverlust bis zu bestimmten Normalsätzen, die aus der Verkehrsordnung, bei Kleinbahnen aus dem Reglement sich ergeben, aus; diese Ausschließung ist aber nicht eine endgültige materiellrechtliche, sondern das Gesetz stellt nur eine **Rechtsvermuthung** auf, und zwar eine doppelte: es vermuthet einmal, daß der Gewichtsverlust überhaupt durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes entstanden ist, sodann, daß er gerade in dieser Höhe durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes entstanden ist. Gegen beide Rechtsvermuthungen ist aber der Gegenbeweis zulässig. Die gleiche Bestimmung enthält der Berner Vertrag Art. 32. Im Einzelnen gilt:

1. Die Bestimmung **ergänzt** nur den § 456. Sie greift nur Platz bei Gütern, Nr. 2.
die nach ihrer Beschaffenheit regelmäßig einen Gewichtsverlust erleiden. Daß ein solches Gut vorliegt, hat die Bahn zu erweisen. Eine Anzahl von solchen Gütern zählt E.V.K.O. § 78 Abs. 2 auf. — Sie greift ferner nur Platz bei regelmäßigen Gewichtsverlusten in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes, nicht bei

[1]) Das Gut, das in offenem Wagen befördert wird, vor Nässe durch Decken u. dgl. zu schützen, ist sie nur bei besonderen Voraussetzungen gehalten. Vgl. solchen Fall in R.O.H.G. XVII S. 300. Entsteht eine größere Transportverzögerung, so kann sie nach Lage des Falles gehalten sein, den Waggon in einen bedeckten Raum einlaufen zu lassen. (Zu weit gehend R.O.H.G. XIII S. 399, dagegen Schott S. 489.)

Digitized by Google

Gewichtsverlusten aus außergewöhnlichen Gefahren, die der Waare vermöge ihrer besonderen Empfindlichkeit drohen (§ 459 Abs. 1 Ziffer 4). In letzterem Falle geht die Haftbefreiung der Bahn weiter, sie beschränkt sich nicht auf den Normalsatz — (v. Hahn zu Art. 426 § 1, Eger, E.V.K.O. S. 512).

Nr. 3. 2. Die Bestimmung greift nur Platz bei **Gewichtsdefekten**, nicht bei Verschlechterungen der Qualität, Veränderungen der Form und nicht bei gänzlichem Verlust des Gutes (Abs. 4). In letzteren Fällen ist § 456 allein anwendbar. Soweit die Bahn nach diesem sich nicht exkulpiren kann, muß sie dann den Werth des Gutes in Gemäßheit von § 457 bezahlen. Dies ist von Wichtigkeit bei Verlust einzelner Stücke der Ladung. Soweit diese sich als selbständiges Gut qualifiziren, ist § 460 nicht anwendbar.

Nr. 4. 3. Das Privilegium der Bahn erstreckt sich nur bis zu einem Maximum von Gewichtsverlust (**Normalsatz**). Ueberschreitet der thatsächliche Gewichtsverlust den Normalsatz, so treten hinsichtlich des Plus die allgemeinen Bestimmungen des § 456 ein, bleibt er hinter dem Normalsatz zurück, so greift natürlich nur für das thatsächliche Manko § 460 Platz. Die Bestimmung des Normalsatzes überläßt das Gesetz der Verkehrsordnung, bei Kleinbahnen dem Reglement. Nach § 78 Abs. 2, 3 der E.V.K.O. beträgt der Normalsatz bei gewissen Gütern 2%, bei anderen 1% des Gesammtgewichts. Ebenso Ausführungsbest. § 8 zum Berner Vertrag.

Nr. 5. 4. Der Normalsatz wird bei Beförderung eines einheitlichen Quantums vom Gesammtgewicht der Ladung genommen; handelt es sich dagegen um die Beförderung von mehreren Stücken, z. B. Säcken, Tonnen, Packeten (Eger, E.V.K.O. S. 514), auf Grund eines Frachtvertrages, so soll der Normalsatz für jedes Stück besonders berechnet werden, sofern entweder das Gewicht der einzelnen Stücke im Frachtbrief verzeichnet ist oder noch festgestellt werden kann. Damit soll verhütet werden, daß die Bahn den ihr zu Gute kommenden Normalsatz durch Anrechnung eines darüber hinausgehenden Mankos bei einem Stück auf die vollwichtigen übrigen Stücke zum Schaden des Absenders auswetzt. Handelt es sich z. B. um zehn bei der Aufgabe gleichgewichtige Stücke, von denen zwei ein Manko von 10% zeigen, während acht vollwichtig bleiben, so könnte die Bahn bei einem Normalsatz von 2% durch Verrechnung des Manko jener zwei Stücke auf die übrigen sich haftfrei machen, während sie nach dem Gesetz lediglich von jedem der beiden Stücke 2% als Normalsatz geltend machen kann und hinsichtlich der übrigen 8% Defekt dem § 456 untersteht.

Nr. 6. 5. **Gegen die Rechtsvermuthung hilft der Nachweis:**

a) Daß das Gewichtsmanko ganz oder zum Theil den Umständen nach nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes entstanden ist, sondern durch ein außerhalb des Gutes liegendes Ereigniß, z. B. Verschulden der Bahn, gewöhnlichen, von der Bahn zu vertretenden Zufall, z. B. Diebstahl; hiergegen kann die Bahn wieder nach § 456 sich exkulpiren. In dieser Beziehung genügt sogar schon der negative Nachweis, daß die Entstehung aus der natürlichen Beschaffenheit ausgeschlossen ist, z. B. daß die Schafwolle in Folge des feuchten Wetters an Gewicht unmöglich abnehmen konnte — (v. Hahn zu Art. 426 § 4).

Nr. 7. b) Daß der angenommene Satz nicht der Beschaffenheit des Gutes entspricht. Die von der Verkehrsordnung aufgestellten Normalsätze sind also nicht absolut entscheidend. Es kann der Gegenbeweis geführt werden (durch Sachverständige), daß der in Folge natürlicher Beschaffenheit bei diesem Gut eintretende Gewichtsverlust hinter den 2%, beziehungsweise 1% zurückbleibt. Umgekehrt kann natürlich auch die Bahn aus § 456 nachweisen, daß ein höherer Gewichtsverlust Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes ist.

Nr. 8. c) Daß der angenommene Satz nicht den sonstigen Umständen des Falles entspricht.

Nr. 9. 6. Die Eisenbahn kann nicht durch Vertrag ihre Haftbefreiung über den durch die Eisenbahnverkehrsordnung ausgestellten Satz ausdehnen (§ 471 Abs. 2), ebensowenig kann der Gegenbeweis dem Beschädigten durch die Verkehrsordnung oder Vereinbarung abgeschnitten werden (§ 471 Abs. 1) oder der Normalsatz bei Beförderung mehrerer Stücke auf denselben Frachtbrief auf das Pauschquantum erstreckt werden (§ 471).

§ 461.

Die Eisenbahnen können in besonderen Bedingungen (Ausnahmetarifen) einen im Falle des Verlustes oder der Beschädigung zu erstattenden Höchst-

Digitized by Google

betrag festsetzen, sofern diese Ausnahmetarife veröffentlicht werden, eine Preisermäßigung für die ganze Beförderung gegenüber den gewöhnlichen Tarifen der Eisenbahn enthalten und der gleiche Höchstbetrag auf die ganze Beförderungsstrecke Anwendung findet.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

Entw. I § 434, II § 453; Denkschr. I S. 273, 274, II S. 3271; E.V.K.O. § 81 Abs. 1, 3; A. D. H.G.B. Art. 427 Nr. 1.

Haben sich die §§ 459, 460 mit Fällen befaßt, in denen die Haftpflicht der Eisenbahn für Verluste und Beschädigungen des Gutes eingeschränkt ist, so behandeln die §§ 461—463 Abweichungen von der im § 457 vorgenommenen Regelung der **Entschädigungspflicht**. Und zwar enthalten die §§ 461, 462 der Eisenbahn, der § 463 dem Beschädigten günstige Spezialrechtssätze. Nr. 1.

Nach § 461 sind die Eisenbahnen unter gewissen Bedingungen berechtigt, einen den gemeinen Handelswerth des verlorenen, beziehungsweise den Minderungsbetrag des beschädigten Gutes nicht erreichenden Höchstbetrag (**Maximalsatz**), der im Falle des Verlustes oder der Beschädigung[1]) von ihnen erstattet wird, festzusetzen. Sie sind dazu berechtigt, von einer Verpflichtung ist keine Rede. Nr. 2.

Die Voraussetzungen, unter denen sie dies Recht ausüben dürfen, sind:

1. Die Festsetzung muß in gehörig veröffentlichten und zu Recht erlassenen Ausnahmetarifen geschehen, eine Vereinbarung von Fall zu Fall ohne vorherige Veröffentlichung der Ausnahmetarife ist unstatthaft (§§ 471, 456). Dagegen ist eine besondere Angabe des Maximalbetrages im Frachtbrief nicht erforderlich.[2]) Nr. 3.

2. Der gleiche Höchstbetrag muß auf die ganze Beförderungsstrecke — nicht bloß dieser Bahn, sondern aller nachfolgenden Bahnen des Inlandes — Anwendung finden. Damit ist die Einigung der sämmtlichen deutschen Bahnen über den Maximalsatz implicite zum Erforderniß gemacht. Nr. 4.

3. Es muß als Aequivalent in den Ausnahmetarifen eine Preisermäßigung dem Publikum für die ganze Beförderung gegenüber den gewöhnlichen Beförderungssätzen gewährt sein. Also auch in dieser Beziehung müssen sich alle betheiligten Bahnen geeinigt haben. Nr. 5.

4. Dagegen hat die Ausübung des Rechts nicht mehr die Zulässigkeit der Interessedeklaration an der Lieferung zur Voraussetzung (so im alten Recht Art. 427 Nr. 1). Nr. 6.

5. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Beschädigte nicht mehr als den Maximalsatz als Entschädigungsbetrag[3]) verlangen, aber er kann nicht unter allen Umständen den Maximalsatz verlangen, vielmehr nur dann, wenn er bei Verlust des Gutes nachweist, daß der gemeine Handelswerth des Gutes zuzüglich des an Kosten Gezahlten nicht niedriger als der Maximalsatz ist, bei Beschädigung des Gutes, daß auf Grund der Liquidation der Maximalsatz erreicht wird. Bleiben die Beträge hinter dem Maximalsatz zurück, so kann er nur die niedrigeren Beträge liquidiren.[4]) Nr. 7.

---

[1]) Ueber den Fall der Versäumung der Lieferfrist bei § 466.

[2]) Wohl aber soll nach der E.V.K.O. der Frachtbrief das Verlangen des Absenders, den Ausnahmetarif zur Anwendung zu bringen, enthalten (§ 51 Abs. 1e, vgl. Berner Vertrag Art. 6e), doch ist dies nicht wesentlich, die Unterlassung hat nur den Nachtheil, daß der Absender die der Bahn dadurch entstehenden Nachtheile zu ersetzen, beziehungsweise die ihn treffenden Nachtheile zu tragen hat (Eger, E.V.K.O. S. 242).

[3]) Dieser Maximalsatz kann für Verlust und Beschädigung gesondert aufgestellt, es kann aber auch für beide gemeinsam an die Stelle des gemeinen Handelswerthes des Gutes ein Maximalsatz gesetzt werden. Im letzteren Falle würde bei Beschädigung des Gutes die durch die Beschädigung erzeugte Minderung des als Maximalsatz aufgestellten Werthes ersetzt werden, es wäre also eine Proportion anzustellen. Vgl. Eger, E.V.K.O. S. 537, R.O.H.G. IX S. 339. So generell nach dem Berner Vertrag Art. 37 und der E.V.K.O. § 83.

[4]) Vgl. R.O.H.G. XI S. 229, 424, XX S. 407; daß er den wirklichen Schaden gleich in der Klage berechnet, ist natürlich nicht nothwendig (R.G.E. II S. 58).

Digitized by Google

Nr. 8. 6. Ist der Schade durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Bahn oder ihrer Leute herbeigeführt — was vom Beschädigten zu erweisen ist — so kann Ersatz des vollen Schadens (auch des lucrum cessans) in Gemäßheit von § 457 Abs. 3 verlangt werden.

Nr. 9. 7. Die gleichen Sätze enthält der Berner Vertrag Art. 35, 41. Von seiner Ermächtigung ist bisher ein praktischer Gebrauch nicht gemacht worden.

Nr. 10. 8. Das **ältere** Recht hatte der Bahn generell gestattet, auszubedingen, daß der der Schadensberechnung zu Grunde zu legende Werth den im Frachtbrief angegebenen Betrag und in Ermangelung einer derartigen Angabe einen im Voraus bestimmten Normalsatz nicht übersteigen solle (Art. 427 Nr. 1). Doch wurde davon kein Gebrauch gemacht.

§ 462.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung. Die Vorschrift des § 461 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

Entw. I § 435, II § 454; Denkschr. I S. 274, II S. 3271. E.V.K.O. § 81 Abs. 2.

Nr. 1. 1. Die Eisenbahnverkehrsordnung hat damit die generelle Ermächtigung erhalten, für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren (vgl. über die Begriffe bei § 429 Nr. 9) einen Maximalbetrag der Entschädigung aufzustellen, ohne an die besonderen Voraussetzungen des § 461 gebunden zu sein, insbesondere ohne verpflichtet zu sein, eine Preisreduktion zu bewilligen. Die E.V.K.O. § 81 Abs. 2 gestattet den Eisenbahnen, in den Tarifen davon Gebrauch zu machen.

Nr. 2. 2. Für **Kleinbahnen** treten an Stelle der Eisenbahnverkehrsordnung die besonderen Beförderungsbedingungen (§ 473 Abs. 1).

Nr. 3. 3. Für den **internationalen Frachtverkehr** sind derartige Gegenstände nicht in Frage kommend, da sie nach den Ausführungsbestimmungen zum Berner Vertrag von der Beförderung hier ausgeschlossen sind (§ 1 der Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 des Berner Vertrages).

Nr. 4. 4. Im Falle der Herbeiführung des Schadens durch dolus oder lata culpa der Bahn kann Ersatz des vollen Schadens verlangt werden, vorausgesetzt, daß die Gegenstände deklarirt sind. Vgl. bei §§ 456 Nr. 9, 429 Nr. 9, E.V.K.O. § 88.

Nr. 5. 5. Durch bloßen Vertrag, ohne sich auf eine Bestimmung der E.V.K.O. zu schützen, kann die Bahn nicht einen Maximalsatz der Entschädigung festsetzen (§ 471).

Nr. 6. 6. Bezüglich des **älteren** Rechts vgl. A. D. H.G.B. Art. 427 Nr. 1, der aber praktisch nicht gehandhabt wurde.

§ 463.

Ist das Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein angegeben, so kann im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Gutes außer der im § 457 Abs. 1, 2 bezeichneten Entschädigung der Ersatz des weiter entstandenen Schadens bis zu dem angegebenen Betrage beansprucht werden.

Ist die Ersatzpflicht nach den Vorschriften des § 461 oder des § 462 auf einen Höchstbetrag beschränkt, so findet eine Angabe des Interesses an der Lieferung über diesen Betrag hinaus nicht statt.

Entw. I § 436, II § 455; Denkschr. I S. 274, 275, II S. 3271, 3272. E.V.K.O. §§ 84, 85; A. D. H.G.B. Art. 427 Nr. 2.

Digitized by Google

Der § 463 gestattet in Uebereinstimmung mit E.V.K.O. §§ 84, 85 dem Absender sein, beziehungsweise des Empfängers Interesse an der Ablieferung unbeschädigten Gutes dadurch zu wahren, daß er es besonders angiebt (deklarirt, **Werthdeklaration**).[1] Diesenfalls ist der Beschädigte nicht auf die Entschädigung nach Maßgabe des § 457, also unter Zugrundelegung des gemeinen Handelswerthes des Gutes beschränkt, er kann vielmehr darüber hinaus den ihm entstandenen Schaden bis zum deklarirten Betrage ersetzt verlangen.

1. Voraussetzung ist, daß das Interesse nach Maßgabe der Vorschriften der E.V.K.O., beziehungsweise bei Kleinbahnen des Reglements vom Absender im Frachtbrief, Gepäckschein oder Beförderungsschein deklarirt ist. Die E.V.K.O. enthält solche Vorschriften für gewöhnliche Güter im § 84, für Thiere im § 48 Abs. 2, für Expreßgüter im § 41 vgl. § 34 Abs. 2. Nr. 1.

Für gewöhnliche Güter verlangt § 84 Abs. 1 Eintragung der Deklarationssumme im Frachtbrief mit Buchstaben; für Thiere, die auf Beförderungsscheinen abgefertigt werden, § 48 Abs. 2 Vermerk der Deklaration im Beförderungsschein durch die Abfertigungsstelle der Abgangsstation; für Expreßgüter § 41 mit § 34 Abs. 2 Vermerk im Gepäckschein oder Beförderungsschein durch die Abfertigungsstelle der Abgangsstation. — Ueber Reisegepäck bei § 465.

2. Die Wirkung ist, daß nicht bloß die Entschädigung nach Maßgabe von § 457 Abs. 1, 2, sondern bis zur Höhe der Deklaration Ersatz des weiter entstandenen Schadens verlangt werden kann, gleichgültig, ob Verlust oder Beschädigung vorliegt,[2] (Eger, E.V.K.O. S. 543), d. h. der deklarirte Betrag ist der Maximalbetrag nicht der ganzen, sondern der zusätzlich verlangten Summe. Er kann aber nicht ohne Weiteres verlangt werden, sondern es bedarf einer Substantiirung des weiteren Vorhandenseins und der Höhe des Schadens. Nr. 2.

3. Für die Deklaration erhebt die Bahn einen Frachtzuschlag (als Versicherungsprämie). Darüber E.V.K.O. § 84 Abs. 3. Nr. 3.

4. Eine besondere Ausnahme enthält **Abs. 2** (E.V.K.O. § 84 Abs. 4). Insoweit die Bahn nach §§ 461, 462 ihre Ersatzpflicht gegenüber § 457 auf einen Maximalbetrag eingeschränkt hat, kann über diesen Maximalbetrag das Interesse an der Lieferung nicht deklarirt werden, d. h. eine Interessedeklaration für Verlust des Gutes ist praktisch hier nur dann von Bedeutung, wenn ausnahmsweise der gemeine Handelswerth des Gutes am Versandort zur Versandzeit einschließlich des an Kosten Gezahlten den von der Bahn aufgestellten Maximalbetrag nicht erreicht,[3] eine solche der Beschädigung nur dann, wenn sich ergiebt, daß der von der Bahn als Maximalbetrag aufgestellte Betrag höher ist, als der Betrag des durch die Beschädigung gegenüber dem gemeinen Handelswerth des unbeschädigten Gutes erzeugten Minderwerths.[5] Wo somit der Maximalbetrag nach Prozenten des in § 457 aufgestellten Betrages berechnet wird, ist die Deklaration praktisch ausgeschlossen. Nr. 4.

5. Der **Berner Vertrag** enthält die Bestimmung des Abs. 1 in Art. 38, nicht dagegen die des Abs. 2. Doch wurde in den Verhandlungen ausdrücklich konstatirt, daß bei ermäßigten Spezialtarifen eine Interessedeklaration ausgeschlossen sei (Eger, Int. Uebereink. S. 650, 618). Auch das **ältere** Recht kennt die Bestimmung des Abs. 2 nicht. Nr. 5.

---

[1]) Das Gesetz unterscheidet äußerlich nicht zwischen Werthdeklaration und Verzugsdeklaration, es kennt nur eine Deklaration des Lieferungsinteresses. Ist dieses deklarirt, so gilt Werths- und Verzugsinteresse als deklarirt (Eger, E.V.K.O. S. 539).

[2]) Insbesondere ist von einer proportionellen Berechnung im Falle der Beschädigung des Gutes keine Rede (Eger, E.V.K.O. S. 479).

[3]) Z. B. der Maximalbetrag betrug 100, der gemeine Handelswerth am Versandorte zur Versandzeit betrug 80, die Ausgaben an Fracht u. s. w. 10. Dann kann in Folge der Deklaration noch 10 gefordert werden.

[5]) Z. B. der gemeine Handelswerth des unbeschädigten Gutes am Versandort zur Versandzeit betrug 100, der Betrag der Minderung durch die Beschädigung ist 50; der für den Verlust aufgestellte Maximalbetrag betrug 120. Dann würde nach der anzustellenden Proportion 120 : 100 = X : 50, von der Bahn bis zum Betrage von 60 Ersatz zu leisten sein. Die Differenz von 10 könnte hier der Deklarant ersetzt verlangen, wenn er Vorhandensein eines weiteren Schadens in dieser Höhe nachweist.

Digitized by Google

§ 464.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung, die bei der Annahme des Gutes durch den Empfänger äußerlich nicht erkennbar ist, können Ansprüche gegen die Eisenbahn nach § 438 Abs. 3 nur geltend gemacht werden, wenn binnen einer Woche nach der Annahme zur Feststellung des Mangels entweder bei Gericht die Besichtigung des Gutes durch Sachverständige oder schriftlich bei der Eisenbahn eine von dieser nach den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung vorzunehmende Untersuchung beantragt wird.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann sie sich auf diese Vorschrift nicht berufen.

Entw. I § 437, II § 456; Denkschr. I S. 274, 275, II S. 3272. A. D. H. G. B. Art. 428.

Nr. 1. Die Vorschrift enthält eine Modifikation des § 438 Abs. 3. Im Uebrigen gelangt § 438 zur vollen Anwendung. Sein Inhalt kann weder durch die Verkehrsordnung noch durch Verträge der Bahn mit dem Absender zu Gunsten der Bahn geändert werden (§ 471).[1])

Nr. 2. Die Abweichung von § 438 Abs. 3 besteht darin, daß der Antrag auf Feststellung des bei der Annahme des Gutes durch den Empfänger äußerlich nicht erkennbaren Mangels unter allen Umständen binnen einer Woche zu stellen ist. Die bloße Anzeige des Mangels an den Frachtführer binnen dieser Frist genügt hier also nicht. Auf der anderen Seite braucht der Antrag nicht nothwendig beim Gericht gestellt zu werden, wie in § 438 Abs. 3, sondern es genügt ein schriftlicher Antrag bei der Eisenbahn auf Vornahme einer nach den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung, beziehungsweise bei Kleinbahnen des Reglements (§ 473) vorzunehmenden Untersuchung. Diese letztere Untersuchung und Feststellung geschieht nach § 71 der E. V. K. O. durch die Bahn selbst zu Protokoll unter Herbeiziehung unbetheiligter Zeugen oder, soweit dies die Umstände des Falles erfordern, von Sachverständigen, auch womöglich des Verfügungsberechtigten. Auch bindet sie den Richter nicht, es hängt von dessen Ermessen ab, wieweit er ihr Beweiskraft beimessen will. Jeder der beiden Theile kann auch nachträglich die richterliche Feststellung betreiben. — Die gleichen Vorschriften enthält Berner Vertrag Art. 44 Abs. 2 Nr. 4, Art. 25.

Ueber die Wirkung des Antrages hinsichtlich der Verjährung bei § 470 Abs. 2.

Nr. 3. Das ältere Recht (Art. 428, ältere E. V. K. O. § 90 Abs. 2 Nr. 4) wich für den inländischen Verkehr ab, indem es eine vierwöchentliche Reklamationsfrist gestattete. Das hat für die vor dem Inkrafttreten des siebenten Abschnittes geschlossenen Frachtverträge zu gelten.

§ 465.

Für den Verlust von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, haftet die Eisenbahn nur, wenn das Gepäck binnen acht Tagen nach der Ankunft des Zuges, zu welchem es aufgegeben ist, auf der Bestimmungsstation abgefordert wird.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, die zu leistende Entschädigung

[1]) Wohl aber kann die Verkehrsordnung zu Ungunsten der Bahn über den § 438 hinausgehende Vorschriften enthalten. Dahin gehört E. V. K. O. § 90, Abs. 2 Nr. 3, nach dem trotz Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht die Entschädigungsansprüche wegen solcher Mängel verbleiben, deren Feststellung vor Annahme des Gutes durch die Eisenbahn selbst (nicht durch amtlich bestellte Sachverständige, wie § 438 Abs. 2 fordert), gemäß § 71 der E. V. K. O. erfolgt ist oder hätte erfolgen sollen (vgl. bei § 456 Nr. 10), aber kulpos unterblieben ist. Ebenso Berner Vertrag Art. 44 Abs. 2 Nr. 3.

Digitized by Google

auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung. Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Reisegepäck, das nicht zur Beförderung aufgegeben ist, sowie von Gegenständen, die in beförderten Fahrzeugen belassen sind, haftet die Eisenbahn nur, wenn ihr ein Verschulden zur Last fällt.

Entw. I § 438, II § 457; Denkschr. I S. 275, II S. 3272; A. D. H.G.B. Art. 425, 427 Nr. 1.

Litteratur: Holländer, Der Eisenbahnfrachtvertrag über Passagiergut 1897 (Diss.).

1. § 465 befaßt sich mit der Haftung für Verlust und Beschädigung von **Reisegepäck.** Reisegepäck sind alle beweglichen Sachen kleineren Umfanges, die vom Reisenden, getrennt von seinem Körper, mitgeführt werden. Für den Begriff ist also nothwendig, daß die Sachen neben der Person befördert werden, dem Personentransport der Gepäcktransport nebenherläuft[1]), daß sie andererseits nicht von der Person auf ihrem Körper selbst getragen werden, sondern getrennt von dem Körper in der Bahn untergebracht werden. Daß es sich um Sachen handelt, die zur Befriedigung des Reisebedürfnisses dienen, ist nicht nothwendig, gewöhnlich wird dies der Fall sein, aber unmöglich läßt sich ein begriffliches Erforderniß daraus machen, ebenso gleichgiltig ist, wem die Sachen gehören, ob dem Reisenden selbst, seinen Angehörigen, einem Freund oder einem Fremden. Dagegen bringt der Begriff mit sich, daß es sich um Sachen kleineren Umfanges und Gewichts handelt (Gepäck). Equipagen oder größere Fahrzeuge wird man kaum als Reisegepäck betrachten können.[2]) Nr. 1.

Im Uebrigen ist die Begriffsbestimmung praktisch von geringer Wichtigkeit, da die Verkehrsordnung diejenigen Gegenstände, die sowohl als Reisegepäck aufgegeben werden wie als Handgepäck in den Personenwagen mitgenommen werden dürfen, bestimmt (E.V.K.O. § 30, § 28).

2. Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle: den Fall, daß das Reisegepäck zur Beförderung aufgegeben ist, und den Fall, daß es nicht zur Beförderung aufgegeben ist. Nr. 2.

a) Das Reisegepäck wird **zur Beförderung aufgegeben,** d. h. der Gepäckabfertigungsstelle abgeliefert, behufs Beförderung. Unter welchen Bedingungen dies zu geschehen hat, bestimmt die E.V.K.O. §§ 30, 31, 32. In solchem Falle liegt ein Frachtvertrag vor, der den allgemeinen Bestimmungen untersteht, nur wird vom Reisenden hier kein Frachtbrief ausgestellt, sondern umgekehrt von der Bahn bei Abfertigung des Gepäcks dem Reisenden ein Gepäckschein ausgehändigt. Ueber diesen vgl. oben bei § 455 Nr. 10. Für den Verlust und die Beschädigung des aufgegebenen Reisegepäcks haftet die Bahn nach den bisher erörterten Grundsätzen, § 465 macht jedoch zwei Ausnahmen von denselben:

α) Die Haftung für den **Verlust von Reisegepäck** cessirt, wenn das Gepäck nicht binnen 8 Tagen nach der Ankunft des Zuges, zu dem es aufgegeben ist, an der Destinationsstation abgefordert wird (vgl. E.V.K.O. § 34 Abs. 3). Die Bestimmung betrifft nur die Haftung für Verlust, nicht für Beschädigung, gleichgültig aber, ob der Verlust auf der Nichtmeldung oder auf einem davon unabhängigen Ereigniß, ob er auf Zufall oder Verschulden der Bahn beruht (Eger, E.V.K.O. S. 155). Nothwendig ist nur, daß das Gepäck wirklich verloren ist.[3]) Ist es also in Wahrheit vorhanden oder wird es später wiedergefunden, so bleibt der Anspruch auf Auslieferung Nr. 3.

---

[1]) Bahnsprachlich ausgedrückt, daß sie in Personenzügen befördert werden, wenngleich der Reisende sie vorausschickt (E.V.K.O. § 30 Abs. 2.)

[2]) Ausnahmsweise läßt solche die E.V.K.O. § 30 Abs. 2 zu, sofern sie zur Beförderung mit Personenzügen geeignet sind.

[3]) Als verloren gilt nach E.V.K.O. § 35 Abs. 1 das Gepäck schon, wenn es nach Ablauf von 3 Tagen nach Ankunft des Zuges, zu dem es aufgegeben ist, fehlt.

Digitized by Google

bestehen, selbst nach gezahlter Entschädigung.[1]) Die Beweislast, daß das Gepäck verloren ist und daß es nicht binnen 8 Tagen nach Ankunft des Zuges abgefordert ist, liegt der Bahn ob. Das Publikum kann sich gegen den letzteren Einwand dadurch schützen, daß es das ihm gewährte Recht, bei Verweigerung der Auslieferung des Gepäcks auf rechtzeitige Vorzeigung des Gepäckscheins sich Tag und Stunde der geschehenen Abforderung auf dem Gepäckschein vermerken zu lassen, ausübt (E.V.K.O. § 34 Abs. 5).

Nr. 4. β) Die Eisenbahnverkehrsordnung, beziehungsweise bei Kleinbahnen das Reglement (§ 473) kann in demselben Umfang wie bei Kostbarkeiten (§ 462) generell einen Höchstbetrag der Entschädigung für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von aufgegebenem Reisegepäck aufstellen, den Fall, daß durch dolus oder lata culpa der Bahn der Schade herbeigeführt ist, ausgenommen. § 34 Abs. 4 der E.V.K.O. überläßt es den einzelnen Bahnen mit Rücksicht auf besondere Betriebsverhältnisse mit Genehmigung der Landesaufsichtsbehörde unter Zustimmung des Reichseisenbahnamts im Tarif den Höchstbetrag festzusetzen. Nach Denkschr. II S. 3272 ist z. B. im Berliner Vorortverkehr eine solche Regelung erfolgt.

Nr. 5. b) Das Reisegepäck wird **nicht zur Beförderung aufgegeben**, sondern als Handgepäck in den Personenwagen mitgenommen (E.V.K.O. § 28). Diesem Falle stellt die E.V.K.O. den anderen gleich, daß Gepäck, das aufgegeben werden soll, in dringlichen Fällen ausnahmsweise unabgefertigt unter Vorbehalt späterer Abfertigung zur Beförderung zugelassen ist, indem es bis zum Zeitpunkt der nachträglichen Abfertigung solch' Gepäck als Reisegepäck behandelt (§ 32 Abs. 5) und daß Reisegepäck auf Haltestellen ohne Gepäckabfertigung angenommen wird (§ 32 Abs. 6). In solchen Fällen übernimmt die Bahn den Transport, aber nicht die custodia des Gutes.[2]) Von der strengen Haftung aus § 456 kann also keine Rede sein, die Angestellten der Bahn haben überhaupt nicht die Pflicht, das Gepäck weiter zu beaufsichtigen, als sich aus dem einfachen Transportvertrag ergiebt. Die Bahn haftet natürlich für ein Verschulden (vgl. E.V.K.O. § 34 Abs. 6), das in der Ausführung des Transportes ihr oder ihren Leuten zur Last fällt, z. B. bei Zugentgleisung, schlechtem Verschluß der Wagen, Zusammenstoß von Zügen, Inbrandgerathen u. dgl., ferner für Diebstahl durch ihre Leute u. dgl. m. Das Gleiche gilt für Gegenstände, die die Reisenden an sich tragen (Seuffert XLVIII Nr. 280).

Nr. 6. 3. Dem Fall der letzten Art stellt das Gesetz den Fall gleich, daß die Bahn die Beförderung von Gegenständen, die nicht Reisegepäck sind, die aber in beförderten Fahrzeugen belassen werden, übernimmt. Dahin gehört z. B. in Reisequipagen enthaltenes Reisegepäck, das nicht besonders expedirt wird.

Nr. 7. 4. Auf **Expreßgut** sind diese Bestimmungen nicht anwendbar. § 41 der E.V.K.O. ist gegenüber dem H.G.B. nicht wirksam.

Nr. 8. 5. Durch Vertrag kann die Bahn die Haftung für Reisegepäck nicht einschränken.

Nr. 9. 6. Im internationalen Uebereinkommen über den Frachtverkehr findet sich eine entsprechende Bestimmung natürlich nicht (vgl. Eger, Internat. Uebereink. S. 18).

Nr. 10. 7. Die Bestimmung des Abs. 2 wurde bisher praktisch nicht gehandhabt, wenngleich Art. 427 Nr. 1 dafür die Möglichkeit bot.

§ 466.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, welcher durch Versäumung der Lieferfrist entsteht, es sei denn, daß die Verspätung von einem Ereignisse herrührt, welches sie weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte.

Der Schaden wird nur insoweit ersetzt, als er den in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein als Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Eisenbahnverkehrsordnung angegebenen Betrag und in Ermangelung einer solchen Angabe den Betrag der Fracht nicht übersteigt.

---

[1]) Vgl. E.V.K.O. § 35 Abs. 2, wo vorgeschrieben ist, daß der Reisende binnen 30 Tagen nach erhaltener Nachricht von der Wiederauffindung den Anspruch geltend zu machen hat.

[2]) Das gilt auch für in Schlafwagen eingebrachte Gegenstände (Eger, E.V.K.O. S. 160).

Digitized by Google

Für das Reisegepäck kann an Stelle der Fracht durch die Eisenbahnverkehrsordnung ein anderer Höchstbetrag bestimmt werden.

Inwieweit ohne den Nachweis eines Schadens eine Vergütung zu gewähren ist, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Der Ersatz des vollen Schadens kann gefordert werden, wenn die Versäumung der Lieferfrist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt ist.

Entw. I § 439, II § 458; Denkschr. I S. 275, II S. 3272; A. D. H. G. B. Art. 427 Nr. 2.

Während sich die §§ 456—465 (mit Ausnahme des § 458) mit der Haftung der Nr. 1.
Bahn für Verlust und Beschädigung des Gutes befassen, behandelt § 466 die Haftung für **Versäumung der Lieferfrist.**[1]) Und zwar stellt Absatz 1 die Fälle der Haftpflicht, Absatz 2 den Umfang des Schadensersatzes fest. Absatz 3, 4 enthalten Abweichungen von den Regeln der ersten beiden Absätze.

I. **Absatz 1.** (Berner Vertrag Art. 39.) Nach § 429 Abs. 1 haftet der Frachtführer für den durch Versäumung der Lieferzeit entstandenen Schaden, es sei denn, daß die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten. Demgegenüber läßt § 466, E.V.K.O. § 86 die Bahn nur frei werden, wenn sie nachweist, daß die Verspätung von einem Ereigniß herrührt, das sie weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte. Der Beweis der Bahn muß sich also auf ein Doppeltes richten: Nr. 2.

a) Daß sie die Verspätung nicht herbeigeführt hat;

b) Daß sie sie nicht abzuwenden vermochte.

Vermag sie diesen doppelten Beweis nicht zu erbringen, so haftet sie für den Schaden der Verspätung, selbst wenn sie nachweist, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewendet hat. Dabei gilt:

a) Die Verspätung ist von der Bahn herbeigeführt, wenn sie durch die Hand- Nr. 3.
lungen ihrer Angestellten, wenngleich ohne deren Verschulden, herbeigeführt ist; dagegen gilt die Verspätung als nicht von ihr herbeigeführt, wenn sie durch ein Verschulden oder eine Anweisung des Verfügungsberechtigten herbeigeführt ist, es sei denn, daß diese Anweisung wieder von der Bahn verschuldet ist (§ 456), oder wenn eine Naturgewalt die Verspätung verursacht hat.

b) Die Bahn vermochte die Verspätung nicht abzuwenden. Natürlich Nr. 4.
kann von ihr nicht der abstrakt mathematische Beweis verlangt werden, daß sie unter keinen Umständen (absolut nicht) den Eintritt oder die Folgen des Verspätungsereignisses abzuwenden vermochte, sondern es genügt der Beweis, daß sie nach Lage ihres Betriebes auch bei größter Sorgfalt nicht in der Lage war, sie abzuwenden (Eger, E.V.K.O. S. 547, 548).

Somit ergiebt sich, daß die Haftung für Verspätung der des § 456 durchaus entspricht (so auch Rosenthal S. 237, a. A. Pappenheim S. 73 ff., der eine Abweichung von § 429 überhaupt leugnet).

II. **Absatz 2.** Während der gewöhnliche Frachtführer den durch Versäumung der Nr. 5.
Lieferfrist entstehenden Schaden voll zu ersetzen hat (vgl. bei § 430 Nr. 1), stellt Absatz 2 **Höchstbeträge** auf. Und zwar gilt:

a) Ist das Lieferungsinteresse deklarirt (für diesen Fall als Verzugs-Interesse)[2]) und zwar im Frachtbrief, Gepäckschein oder Beförderungsschein — vgl. über alle diese Punkte bei § 463 — so ist Höchstbetrag der deklarirte Betrag. Dies entspricht dem bei § 430 Nr. 7 Ausgeführten.

---

[1]) Ueber die Lieferfristen enthält die E.V.K.O. für den Transport von lebenden Thieren (§ 47), sowie von Eil- und Frachtgut (§ 63) eingehende Vorschriften, die die Maxima von Expeditions- und Transportfrist aufstellen, gestatten, Zuschlagfristen festzusetzen, den Beginn, das Ende und die Unterbrechung feststellen. Vgl. auch § 6 der Allgemeinen Bestimmung zum Berner Vertrag. Bei Reisegepäck ergiebt sich die Lieferfrist von selbst, nur für Fahrzeuge, die unterwegs in einen anderen Zug übergehen müssen, stellt E.V.K.O. § 33 Abs. 6 eine besondere Vorschrift auf.

[2]) Vgl. über den Werths- und Verzugsinteresse umfassenden Begriff der Deklaration des Lieferungsinteresses oben bei § 463 Anm. 1.

Digitized by Google

Nr. 6. b) In Ermangelung solcher Deklaration ist Höchstbetrag der Betrag der Fracht und zwar der für die ganze Transportstrecke zu zahlenden Fracht: doch kann für Reisegepäck die E.V.K.O., beziehungsweise bei Kleinbahnen das Reglement einen anderen Höchstbetrag bestimmen. Vgl. E.V.K.O. § 36 Abs. 2b (für je angefangene 24 Stunden der Versäumung höchstens 20 Pfg. für jedes Kilogramm des Gepäcks, bei Fahrzeugen höchstens 30 Mark für jedes ausgebliebene Fahrzeug).

Nr. 7. c) Nothwendig ist Nachweis des Schadens, und zwar nicht bloß überhaupt, sondern auch der Höhe des Schadens durch den Beschädigten.

Nr. 8. III. **Absatz 3.** Nach der E.V.K.O. kann auch ohne Nachweis des Schadens (bis zum Gegenbeweis des Nichtschadens) lediglich auf die von der Eisenbahn zu vertretende Versäumung der Lieferfrist hin eine Vergütung vom Beschädigten gefordert werden, die verschieden hoch ist, je nachdem das Interesse an der Lieferung deklarirt ist oder nicht. Vgl. E.V.K.O. § 87, Berner Vertrag Art. 40. Für Reisegepäck gilt dies nicht (E.V.K.O. § 36).

Nr. 9. IV. **Absatz 4** entspricht allgemeinen Grundsätzen (Berner Vertrag Art. 41).

§ 467.

Werden Gegenstände, die von der Beförderung ausgeschlossen oder zur Beförderung nur bedingungsweise zugelassen sind, unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung aufgegeben oder werden die für diese Gegenstände vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln von dem Absender unterlassen, so ist die Haftpflicht der Eisenbahn auf Grund des Frachtvertrages ausgeschlossen.

Entw. I § 440, II § 459; Denkschr. I S. 275, 276, II S. 3272.

Die Bestimmung entspricht dem Berner Vertrag Art. 43 (E.V.K.O. § 89), sie enthält eine Generalisirung des in § 429 Abs. 2 für Kostbarkeiten aufgestellten Grundsatzes.

Nr. 1. 1. Welche Gegenstände von der Beförderung ausgeschlossen oder zur Beförderung nur bedingungsweise zugelassen sind, bestimmt die E.V.K.O., beziehungsweise bei Kleinbahnen das Reglement. Vgl. E.V.K.O. §§ 50, 30, 42, 44. Für den internationalen Verkehr Berner Vertrag Art. 3, Ausführungsbest. § 1.

Nr. 2. 2. Derartige Gegenstände müssen unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung aufgegeben sein, d. h. die Bezeichnung muß entweder in Widerspruch mit relevanten Thatsachen[1]) stehen oder nicht genügende Klarheit über solche verschaffen. Sie müssen ferner aufgegeben sein, d. h. zur Beförderung, die Einlieferung zur vorläufigen Aufbewahrung genügt nicht. Oder der Absender muß die für diese Gegenstände vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln (vgl. insbesondere Anlage B zur E.V.K.O.) unterlassen. Gleichgültig ist in allen diesen Fällen, ob den Aufgebenden eine Schuld trifft oder nicht, ob ein Schade aus dem Versehen erwachsen ist oder nicht.

Nr. 3. 3. Die Haftpflicht der Eisenbahn auf Grund des Frachtvertrages ist schlechthin ausgeschlossen, nicht bloß für Verlust, Beschädigung, Versäumniß, sondern überhaupt, selbst aus lata culpa der Bahn. Dagegen bleiben Ansprüche aus unerlaubten Handlungen, ungerechtfertigter Bereicherung, aus einem nebenhergehenden Verwahrungsvertrage der Bahn bestehen. Auch ist nur die Haftpflicht ausgeschlossen, nicht die Verpflichtung der Bahn zur Herausgabe des Gutes.

Nr. 4. 4. Daß der Absender der Bahn für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Frachtbriefangaben haftet, bestimmt schon § 426 Abs. 3. Vgl. auch bei § 455 Nr. 6.

§ 468.

Für den Fall, daß auf dem Frachtbrief als Ort der Ablieferung ein nicht an der Eisenbahn liegender Ort bezeichnet wird, kann bestimmt werden, daß die Eisenbahn als Frachtführer nur für die Beförderung bis zur letzten

[1]) Relevanten, d. h. solchen, die im Frachtbrief anzugeben sind (E.V.K.O. § 51 Abs. 1d).

Digitized by Google

Eisenbahnstation haften, bezüglich der Weiterbeförderung dagegen die Verpflichtungen des Spediteurs übernehmen soll.

Entw. I § 441, II § 460; Denkschr. I S. 276, II S. 3272; A. D. H.G.B. Art. 430, 431.

1. Nach § 453 besteht ein Transportzwang für die dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Bahnen nur, wenn es sich um Beförderung des Gutes nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station handelt. Uebernimmt die Bahn freiwillig die Beförderung nach einem an einer Eisenbahn liegenden Ort innerhalb des Deutschen Reiches, der sich nicht als für den Güterverkehr eingerichtete Station darstellt, so untersteht sie dann trotzdem den Bestimmungen dieses Abschnittes. Insbesondere kann sie nicht durch Vereinbarung mit dem Absender ihre Haftpflicht gegenüber dem zwingenden Recht einengen, noch kann sie mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung in Widerspruch stehende Vereinbarungen treffen. Nr. 1.

2. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch, wenn die Eisenbahn die Beförderung des Gutes nach einem nicht an der Eisenbahn liegenden Ort übernimmt, sei es, daß dieser Ort von einer Station ihrer Strecke aus, sei es, daß er von der Station einer Strecke einer nachfolgenden Bahn aus mit anderen Transportmitteln (Wagen, Kähnen ꝛc.) zu erreichen ist. Grundsätzlich haftet sie dann auch für die Beförderung außerhalb des Schienenweges als Frachtführer und zwar nach den Vorschriften dieses Abschnittes, nicht denen des vorigen. Denn so gut auf der eigentlichen Bahnstrecke eine Beförderung durch Trajekte (z. B. über Meeresarme) vorkommen kann,[1]) so gut kann an die bahnmäßige Beförderung eine Beförderung des Gutes durch Wagen sich anschließen, ohne daß diese Handlungen außerhalb des Bahntransportes und des damit verbundenen receptum liegen. Insbesondere ist dieser Fall praktisch, wenn die Bahn durch von ihr bestellte Rollfuhrunternehmer die Beförderung des Gutes nach einer seitwärts gelegenen Ortschaft übernimmt, ein Fall, dessen E.V.K.O. § 68 Abs. 3 gedenkt. Hat sie durch Vertrag sich verpflichtet, das Gut dem Adressaten ins Haus zu liefern, so ist sie Frachtführer bis zur erfolgten Ablieferung, untersteht somit den strengen Vorschriften dieses Abschnittes bis zu jenem Zeitpunkt. Nr. 2.

3. § 468 (Berner Vertrag Art. 30 Abs. 2) gestattet nun hiervon abzuweichen, wenn im Frachtbrief als **Ort der Ablieferung** ein **nicht an der Eisenbahn liegender Ort** bezeichnet wird. Damit ist gemeint: Nr. 3.

a) Ein **selbständiger**, vom **Stationsort verschiedener** Ort. Nicht gedacht ist an den Fall, der ja fast stets vorkommt, daß der Destinatär im Stationsort, von der Station entfernt, selbst wohnt. Hier gilt vielmehr grundsätzlich der Bahnhof des Destinationsortes als Ablieferungsort (E.V.K.O. § 66 Abs. 3, Eger, E.V.K.O. S. 401), der Empfänger hat dort das Gut abzuholen. Hat die Bahn es freilich durch lokale Bestimmung übernommen, ihm das Gut ins Haus zu bringen durch von ihr angestellte Rollfuhrleute (E.V.K.O. § 68 Abs. 3), so erfolgt die Ablieferung vor dem Hause, die Bahn haftet für die Rollfuhrleute. § 468 findet hierauf keine Anwendung.

b) Der selbständige Ort muß im Frachtbrief als **Ablieferungsort** angegeben sein. Der Frachtbrief kann nämlich als Ablieferungsort thatsächlich die Station bezeichnen, aber einen abseits gelegenen Ort außerdem benennen, z. B. zum Zweck der Avisirung des dort wohnenden Adressaten, damit dieser das Gut abhole. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Absender bestimmt hat, daß das Gut auf der Station liegen bleiben soll („bahnhoflagernd"). Solchenfalls ist Ablieferungsort im Sinne des Frachtvertrages die Station der Bahn und nicht der abseits liegende Ort, selbst wenn dieser „Bestimmungsort" genannt ist. Die Bahn hat weder Pflicht noch Recht, die Güter weiter zu senden, auch nicht als Spediteur (vgl. Art. 431 des A. D. H.G.B.). Nr. 4.

4. Ist dagegen der im Frachtbrief als Ablieferungsort angegebene Ort ein von der Eisenbahn abseits liegender Ort, so kann bestimmt werden, d. h. durch die E.V.K.O., beziehungsweise durch Reglements, daß die Bahn als Frachtführer nur bis zur letzten Eisenbahnstation hafte, während sie bezüglich der Weiterbeförderung lediglich auf die Verpflichtungen eines Spediteurs beschränkt sei (also auf Haftung für culpa § 408). Solche Bestimmung trifft E.V.K.O. § 76, nimmt jedoch die Fälle aus, in denen die Eisenbahnen behufs Weiterbeförderung nach jenen Orten Einrichtungen getroffen hat, z. B. Rollunternehmer bestellt hat (§ 76 Abs. 2, § 68 Abs. 3). In diesem Falle soll sie als Frachtführer schlechthin haften. Nr. 5.

[1]) Daß für solche Fälle kein Transportzwang besteht, nimmt irrig Cosack S. 429 an. Man denke an Trajekte, wie den von Stralsund nach Rügen.

Digitized by Google

§ 469.

Wird die Beförderung auf Grund desselben Frachtbriefs nach § 432 Abs. 2 durch mehrere auf einander folgende Eisenbahnen bewirkt, so können die Ansprüche aus dem Frachtvertrag, unbeschadet des Rückgriffs der Bahnen unter einander, im Wege der Klage nur gegen die erste Bahn oder gegen diejenige, welche das Gut zuletzt mit dem Frachtbrief übernommen hat, oder gegen diejenige, auf deren Betriebsstrecke sich der Schaden ereignet hat, gerichtet werden.

Unter den bezeichneten Bahnen steht dem Kläger die Wahl zu; das Wahlrecht erlischt mit der Erhebung der Klage.

Im Wege der Widerklage oder mittelst Aufrechnung können Ansprüche aus dem Frachtvertrag auch gegen eine andere als die bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag gründet.

Entw. I § 442, II § 461; Denkschr. I S. 276, II S. 3272; A. D. H. G. B. Art. 429.

Nr. 1. Die in § 432 über die Gesammthaftung der Sammtfrachtführer ausgesprochenen Grundsätze finden auch auf mehrere auf einander folgende Bahnen Anwendung[1]) und können gegenüber dem Absender und Empfänger zu deren Vortheil weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge beschränkt werden (§ 471). Nur die **Geltendmachung des Anspruchs** aus dem Frachtvertrage seitens des Absenders, beziehungsweise Empfängers oder deren Rechtsnachfolger ist gegenüber § 432 beschränkt.

Nr. 2. a) Die Beschränkung bezieht sich lediglich auf die Geltendmachung der Ansprüche des Absenders, beziehungsweise Empfängers aus dem Frachtvertrage.[2]) Der Rückgriff der Bahnen unter einander bestimmt sich nach § 432 Abs. 3, der Anspruch der Bahn gegen den Absender nach allgemeinen Grundsätzen (Rosenthal S. 280).

b) Die Beschränkung bezieht sich zunächst:

Nr. 3. α) Auf die Geltendmachung mittelst Klageerhebung. Der Anspruchsberechtigte hat es nicht in seiner Wahl, jede der als Sammtfrachtführer fungirenden Bahnen nach freier Wahl im Wege der Klage zu belangen,[3]) sondern er kann nur gegen die erste Bahn (Versandbahn) oder letzte Bahn (regelmäßig die Ablieferungsbahn)[4]) oder diejenige, auf deren Betriebsstrecke sich der Schade nachweislich ereignet hat, die Klage erheben. Belangt er eine andere Bahn, so kann diese ihre formelle Passivlegitimation bestreiten. Erfüllt sie den Anspruch freiwillig, so bleibt ihr der Rückgriff nach allgemeinen Grundsätzen.

Welche von den drei Bahnen er verklagen will, steht ihm frei; er verliert aber (wiederum eine Besonderheit) mit der Klageerhebung das Wahlrecht.

---

[1]) Gleichgültig, ob das Gut unmittelbar von den Schienen der einen Bahn auf die andere gelangt oder eines besonderen Transportmittels zur Ueberführung bedarf, sofern nur die folgende Bahn das Gut nebst Frachtbrief von der voraufgehenden übernimmt.

[2]) Der Frachtvertrag muß also geschlossen sein. Verweigert die erste Bahn entgegen § 453 den Abschluß des Transportvertrages, so richtet sich der Anspruch natürlich nur gegen sie; ebensowenig untersteht dem § 469 der Anspruch aus einem etwaigen Verwahrungsvertrag (Rosenthal S. 280). — Dagegen gehört hierher der Anspruch des Empfängers aus § 455 Abs. 2 (a. A. Eger, Internat. Uebereink. S. 503, 475).

[3]) Der Klageerhebung wird die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung gleichzustellen sein, dagegen nicht der Antrag auf Beweisaufnahme nach § 488 der C.P.O., ebensowenig die Streitverkündung (a. A. Eger, Internat. Uebereink. S. 516) oder schriftliche Reklamation nach § 470 Abs. 2.

[4]) Doch kann letzte auch die sein, die das Gut an den Absender zurückzuliefern hat, und von einer Rücklieferung ist möglicherweise bei Verlust des Gutes überhaupt nicht die Rede.

Digitized by Google

β) Aber auch die sonstige gerichtliche Geltendmachung ist nicht unbeschränkt zulässig. Vielmehr steht die Geltendmachung vermittelst Aufrechnung oder Widerklage ihm nur schrankenlos frei wider die drei genannten Bahnen zu. Gegen andere, als die drei genannten Bahnen, kann er im Wege der Widerklage oder Kompensation den Anspruch nur geltend machen, wenn der klageweise von jenen erhobene Anspruch sich auf denselben Frachtvertrag gründet. Nr. 4.

c) Die gleichen Grundsätze enthält Berner Vertrag Art. 27, 28. Art. 27 bestimmt zugleich, daß die Klage nur vor einem Gericht des Staates anhängig gemacht werden kann, in dem die beklagte Bahn ihren Wohnsitz hat. Nr. 5.

d) Für das **alte** Recht war Art. 429 in Verbindung mit E.V.K.O. § 74 maßgebend. Doch war die Gültigkeit des § 74 E.V.K.O. Abs. 4 mit Recht gegenüber Art. 429 beanstandet. Vielmehr ist nach altem Recht anzunehmen, daß der im inländischen Verkehr Anspruchsberechtigte durch Erhebung der Klage sein Wahlrecht nicht verlor. Das hat für alle vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstandenen Gesammtschuldverhältnisse zu gelten. Nr. 6.

§ 470.

Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht oder Gebühren sowie Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren verjähren in einem Jahre, sofern der Anspruch auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt wird. Die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Zahlung erfolgt ist.

Die Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren sowie die Verjährung der im § 439 Satz 1 bezeichneten Ansprüche wird durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn gehemmt. Ergeht auf die Anmeldung ein abschlägiger Bescheid, so beginnt der Lauf der Verjährungsfrist wieder mit dem Tage, an welchem die Eisenbahn ihre Entscheidung dem Anmeldenden schriftlich bekannt macht und ihm die der Anmeldung etwa angeschlossenen Beweisstücke zurückstellt. Weitere Gesuche, die an die Eisenbahn oder an die vorgesetzten Behörden gerichtet werden, bewirken keine Hemmung der Verjährung.

Entw. I § 443, II § 462; Denkschr. I S. 276, II S. 3272, 3273; A. D. H.G.B. Art. 423.

§ 470 enthält Vorschriften über die Verjährung gewisser Ansprüche gegen die Bahn und gewisser Ansprüche der Bahn.

I. **Ansprüche der Bahn.** Während im Allgemeinen die Ansprüche der Bahn aus dem Frachtvertrage hinsichtlich der Verjährung dem bürgerlichen Recht unterstehen — vgl. bei § 439 —, ist eine Ausnahme für Ansprüche auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht oder Gebühren (Baarauslagen) gemacht. Diese sollen in einem Jahre verjähren, sofern der Anspruch auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt wird. Die Verjährung soll mit dem Ablauf des Tages, an dem die Zahlung erfolgt ist, beginnen (vgl. E.V.K.O. § 61 Abs. 4, Berner Vertrag Art. 12 Abs. 4). Im Einzelnen gilt: Nr. 1.

a) Unrichtige Anwendung der Tarife liegt nicht nur dann vor, wenn die Frachtsätze der Tarife falsch angewendet sind, sondern auch dann, wenn sonst eine falsche oder ungehörige Anwendung vorliegt, z. B. durch unrichtige Angabe der Qualität des Gutes, in Folge eines Druckfehlers des Tarifes u. s. w. (Eger, Internat. Uebereink. S. 222). Nr. 2.

b) Voraussetzung ist, daß die Fracht, beziehungsweise die Gebühren erhoben sind und zwar in der gänzlichen Höhe der Angaben im Frachtbriefe. Die bloße Leistung von Vorschüssen genügt nicht. Darum läuft die Verjährung auch erst Nr. 3.

Digitized by Google

vom Tage, an dem die irrthümlich berechnete Fracht in dem vollen Berechnungsbetrag gezahlt ist. Der Zahlung steht natürlich die erfolgte Aufrechnung gleich.

Nr. 4. c) Nur die Dauer und der Beginn der Verjährung ist abweichend vom bürgerlichen Recht bestimmt (B.G.B. §§ 196 Abs. 1 Nr. 3, 201). Die Unterbrechungs- und Hemmungsgründe der Verjährung sowie deren Wirkung regeln sich nach bürgerlichem Recht.

Nr. 5. II. **Ansprüche gegen die Bahn.** Hier gilt zunächst § 439 in vollem Umfang. Darüber hinaus enthält aber § 470 zwei weitere Vorschriften:

a) Er unterwirft den an sich dem bürgerlichen Recht unterstehenden Anspruch gegen die Bahn auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren (Berner Vertrag Art. 12 Abs. 4, E.V.K.O. § 61 Abs. 4), sofern er auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt wird, einer einjährigen Verjährung, die mit dem Ablauf des Tages beginnt, an dem die Zahlung erfolgt ist. Vgl. darüber oben Nr. 2, 3. Die Wirkung der Verjährung richtet sich rein nach bürgerlichem Recht. § 414 Abs. 3 ist hierauf nicht anwendbar.

Nr. 6. b) Er stellt für die Verjährung des obigen Anspruches, sowie die Verjährung der Ansprüche wegen Verlust, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes (§ 439) einen besonderen **Hemmungsgrund** auf, der zu den Hemmungsgründen des B.G.B. (§§ 202—205) hinzutritt. Die schriftliche Anmeldung des Anspruches bei der Bahn hemmt die Verjährung.[1]) Und zwar dauert der Hemmungsgrund so lange, bis der auf die Anmeldung ergehende abschlägige Bescheid dem Reklamanten schriftlich bekannt gemacht und ihm die der Reklamation etwa angeschlossenen Beweisstücke zurückgestellt sind, während weitere Gesuche keine Hemmung der Verjährung bewirken. Im Einzelnen gilt:

Nr. 7. α) Es handelt sich nur um einen **Hemmungs-**, nicht um einen Unterbrechungsgrund. Folglich wird nur die Hemmungszeit in die Verjährungszeit nicht hineingerechnet, nach Aufhören des Hemmungsgrundes setzt sich die Verjährungsfrist fort, sie beginnt nicht von Neuem zu laufen, wie die Denkschr. II S. 3273 sagt und wie die Ausdrucksweise des § 470 Abs. 2 anzudeuten scheint, sondern sie läuft nun fort. Ueber die Unterbrechungsgründe der Verjährung normirt das allgemeine Recht (E.V.K.O. § 61 Abs. 7).

Nr. 8. β) Die Anmeldung muß **schriftlich** erfolgt sein und sich auf **den Anspruch** beziehen, **dessen Hemmung eintreten soll.** Sie muß bei der Bahn erfolgt sein, gegenüber der die Hemmung geltend gemacht wird. Die Reklamation bei einer als Sammtfrachtführer mitfungirenden Bahn nützt nichts (B.G.B. § 425 Abs. 2).

Nr. 9. γ) Erkennt die Bahn den Anspruch an, so wird die Verjährung unterbrochen (B.G.B. § 208), es beginnt nun also eine neue Verjährung (B.G.B. § 217).

Nr. 10. δ) Weigert sie das Anerkenntniß mündlich oder verhält sie sich passiv, so dauert die Hemmung an, es sei denn, daß der Anspruchsberechtigte Klage erhebt oder einen der Klageerhebung gleichstehenden Akt vornimmt und damit Unterbrechung der Verjährung erzielt (B.G.B. §§ 209 ff.).

Nr. 11. ε) Dagegen beendet den Hemmungsgrund die schriftliche Bekanntmachung der abschlägigen Entscheidung an den Anmeldenden nebst Zurückstellung der Beweisanlagen. Beides ist nothwendig, erfolgt erst die Rückweisung der Reklamation, dann die Rücksendung der Beweisstücke, so ist der Tag der Rücksendung der Beweisstücke maßgebend. Mit diesem Tage läuft die Verjährung fort, d. h. dieser Tag wird für den Fortlauf nicht mitgerechnet (B.G.B. § 187).

Nr. 12. ζ) Gleichgültig ist, ob bei dem abschlägigen Bescheid die Partei sich beruhigt oder nicht. Weitere Gesuche, die sie an die Bahn richtet, haben keine Bedeutung. Will sie eine Unterbrechung der Verjährung erzielen, so muß sie Klage erheben.

Nr. 13. η) Der Berner Vertrag Art. 45 Abs. 3 und die ältere E.V.K.O. kennt den eigenthümlichen Hemmungsgrund des Abs. 2 nicht. — Auf den inländischen Verkehr findet er mit Inkrafttreten des neuen Rechts auch für die aus der Zeit des alten Rechts laufenden Verjährungen Anwendung (E.V.G.B. Art. 169).

---

[1]) Nach der E.V.K.O. § 73 Abs. 3 soll die schriftliche Reklamation mit einer Bescheinigung über den Werth des Gutes versehen sein und, falls der Frachtbrief dem Empfänger übergeben ist, mit diesem eingereicht werden.

Digitized by Google

§ 471.

Die nach den Vorschriften des § 432 Abs. 1, 2, der §§ 438, 439, 453, 455 bis 470 begründeten Verpflichtungen der Eisenbahnen können weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Bestimmungen, welche dieser Vorschrift zuwiderlaufen, sind nichtig. Das Gleiche gilt von Vereinbarungen, die mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruche stehen.

Entw. I § 444, II § 463; Denkschr. I S. 277, II S. 3273.

I. **Absatz 1** bezieht sich

1. nur auf Verpflichtungen der **Bahn**, nicht auf solche des Absenders oder Empfängers, nicht z. B. auf die Verpflichtung des Absenders zur Ausstellung eines Frachtbriefes, die Haftung des Absenders für die Richtigkeit der im Frachtbrief enthaltenen Angaben (§ 426 Abs. 3), die Verpflichtung des Absenders zur Uebergabe der Begleitpapiere (§ 427), die Verpflichtung des Absenders zur Entschädigung des Frachtführers nach § 428 Abs. 2, die Verpflichtung des Empfängers zur Zahlungsleistung nach § 436. Nr. 1.

2. Nur auf **Verpflichtungen** der Bahn, nicht auf Rechte der Bahn, z. B. deren Retentions- und Pfandrecht (§§ 440 ff.), deren Verkaufsrecht (§ 437 Abs. 2), deren Recht auf Zahlung der Fracht, den Ausschluß der Haftpflicht u. s. w. Nr. 2.

3. Nur auf Verpflichtungen der Bahn gegenüber **dem Absender**, beziehungsweise **Empfänger**, nicht auf Regreßverbindlichkeiten der Bahnen unter einander (§§ 432 Abs. 3, 441, 442) oder gegenüber nachfolgenden Spediteuren (§ 442). Nr. 3.

4. Nur auf **gewisse** Verpflichtungen der Bahn aus dem Frachtvertrage, die § 471 Abs. 1 aufzählt. So kann die Verkehrsordnung die Verpflichtung der Bahn, den Anweisungen des Empfängers nach § 434 Folge zu leisten, beseitigen und hat dies auch gethan (E.V.K.O. § 64 Abs. 1). Vgl. bei § 434 Nr. 5. Sie kann auch das Recht des Empfängers aus § 435 ausschließen oder einschränken, doch hat sie dies nicht gethan (E.V.K.O. § 66 Abs. 2), ebenso kann sie die Verpflichtung der Bahn, bei Ablieferungshindernissen den Absender nach § 437 Abs. 1 zu benachrichtigen, einschränken oder ausschließen oder die Form des Selbsthülfeverkaufes (§ 437 Abs. 2) anders regeln; das letztere hat die E.V.K.O. § 70 Abs. 3 gethan (vgl. bei § 437 Nr. 9). Nr. 4.

5. Diese Verpflichtungen können weder durch die E.V.K.O. noch durch Verträge im Voraus **ausgeschlossen** oder **beschränkt**, wohl aber können sie **erweitert** werden. Vgl. z. B. über § 79 und § 35 Abs. 1 der E.V.K.O. bei § 456 Nr. 10, ferner über Gewährung einer Vergütung wegen Versäumung der Lieferfrist ohne Nachweis eines Schadens bei § 466 Nr. 8. Und selbstverständlich kann nachträglich auf den Anspruch verzichtet werden. Nr. 5.

II. **Absatz 2** verbietet auch Vereinbarungen, die mit den Vorschriften der E.V.K.O. in Widerspruch stehen (nicht sie ergänzen). Dies ist thatsächlich keine Aenderung des bisher bestehenden Rechtszustandes, da auch früher die Eisenbahnen verpflichtet waren, sich in ihren Tarifbedingungen und bei den im einzelnen Falle getroffenen Vereinbarungen innerhalb der ihnen durch die E.V.K.O. gezogenen Grenzen zu halten (Denkschr. II S. 3273). Die E.V.K.O. überläßt jedoch mehrfach der Vereinbarung der Bahnen selbst die Bestimmung.[1]) Nr. 6.

III. Auf Kleinbahnen findet nur § 471 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 mit der Maßgabe Anwendung, daß die auf die E.V.K.O. bezüglichen Worte fortfallen. Nr. 7.

---

[1]) Dahin gehört vor Allem Eingangsbest. Abs. 3: „Abweichende Bestimmungen können für Nebenbahnen (Verbindungsbahnen, Stadtbahnen, Eger, E.V.K.O. S. 6), wie auch dort, wo dies durch die Eigenart der Betriebsverhältnisse bedingt erscheint, von der Landesaufsichtsbehörde mit Zustimmung des Reichseisenbahnamts bewilligt werden". Vgl. z. B. bei § 465 Nr. 4, ferner E.V.K.O. §§ 30 Abs. 5, 32 Abs. 7, 34 Abs. 4, 68 Abs. 1, 63 Abs. 3, 52 Abs. 2 u. a.

Digitized by Google

§ 471 Abs. 2 Satz 2 läßt sich nicht auf die Beförderungsbedingungen der Kleinbahnen ausdehnen (anders Cosack S. 426).

Nr. 8. IV. Das alte Recht (Art. 423) ging nicht so weit, doch war thatsächlich der Zustand der gleiche.

§ 472.

Die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen werden durch die Eisenbahnverkehrsordnung getroffen.

Entw. I § 445, II § 464; Denkschr. I S. 271, 277, II S. 3270, 3273.

Litteratur: Schott § 351, § 364; Goldschmidt, System § 127; Schneeli, Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins, Diss. 1890; Eger, Kommentar zur Eisenbahn-Verkehrsordnung; Göppert, Zur rechtlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen 1894 (Diss.); Leeb, Rechtliche Studie über den Eisenbahnpersonentransportvertrag nach der V.K.O. von 1892, 1895.

Nr. 1. I. Der **Personentransportvertrag** wird vom Handelsgesetzbuch selbst nur, soweit es sich um die Beförderung von Reisenden über die hohe See hin handelt, geregelt (§§ 664 ff.).

Handelt es sich dagegen um die Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern, so entscheidet grundsätzlich das bürgerliche Recht, und zwar da ein Werkvertrag in Frage steht (vgl. R.G.E. XXIII S. 91), B.G.B. §§ 631 ff. Soweit die Beförderung durch die Post geschieht, kommen die besonderen Bestimmungen des Postrechts zur Anwendung.

Hinsichtlich des Reisegepäcks siehe oben § 425 Nr. 1 (am Schluß) und § 465.

Der Binnenpersonentransportvertrag ist Grundhandelsgeschäft, wenn er von Anstalten betrieben wird (§ 1 Abs. 2 Nr. 5), sonst ist er nur accessorisches Handelsgeschäft (vgl. darüber bei § 1 Nr. 59).

Nr. 2. II. Eine Ausnahme von den obigen Sätzen macht § 472 hinsichtlich des Personentransports von der Eisenbahnverkehrsordnung unterstehenden Eisenbahnen. Zwar stellt er nicht selbst Normen über diese auf, aber er erklärt die Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung für maßgebend, delegirt dieser also die Gesetzgebungsgewalt in dieser Materie. Inwieweit deren Sätze zwingendes Recht seien, überläßt er ihr selbst zu bestimmen. Eine praktische Bedeutung hat diese Frage wegen des bei § 471 Nr. 7 angegebenen Grundes nicht.

Die E.V.K.O. regelt die Beförderung von Personen in den §§ 6 ff., §§ 10 ff. Der größte Theil dieser Bestimmungen ist polizeilicher Natur. Hervorzuheben, weil von privatrechtlicher Bedeutung, sind nur folgende:

Nr. 3. 1. Es besteht nach § 6 der E.V.K.O. ein **Transportzwang** für die Beförderung von Personen unter denselben Voraussetzungen, wie nach H.G.B. § 453 für Güter (nur daß Ziffer 3 dieses § naturgemäß fortfällt), also nur mit den regelmäßigen Transportmitteln. Die Gewährung von Sonderfahrten (Stellung von Extrazügen) hängt vom Ermessen der Verwaltung ab, § 10 Abs. 2.

Nr. 4. 2. Gewährung besonderer Vergünstigungen gegenüber den veröffentlichten Tarifen ist verboten und nichtig, soweit es sich nicht um Transporte für milde und öffentliche Zwecke, sowie dienstliche Interessen der Eisenbahn handelt, § 7, Abs. 3, 4.

Nr. 5. 3. Die Eisenbahn **haftet** auch beim Personentransportvertrag in demselben Umfang wie beim Gütertransportvertrag für ihre Leute und andere Leute, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, § 9 E.V.K.O. mit H.G.B. § 458.

Nr. 6. 4. Es liegt trotz des Transportzwanges gewöhnlich ein Vertrag zwischen dem Reisenden und der Bahn, nicht eine obligatio ex lege der Bahn vor, wie Schott S. 525 irrig annimmt.[1]) Und zwar ist dieser Vertrag ein **Werkvertrag** (Schneeli S. 16), selbst wenn ein ganzes Abtheil vom Reisenden „bestellt" oder bestimmte Plätze vom Reisenden belegt sind, wie bei dem Orientexpreßzug oder bei den D-Zügen oder gar

[1]) Aber es braucht nicht nothwendig ein Vertrag zwischen dem Reisenden und der Bahn vorzuliegen. Wird nämlich die Fahrkarte auf den Inhaber ausgestellt, so kann die Bahn möglicherweise verpflichtet sein, ohne daß der Abschluß eines Vertrages voraufgegangen ist (B.G.B. §§ 807, 794).

Digitized by Google

der Reisende einen ganzen Extrazug für sich genommen hat. Er wird dadurch weder zur Sachmiethe (so Göppert S. 62) noch zur Kombination von beiden, sowenig wie die Charterung eines Seeschiffes (§ 557) oder das Frachtgeschäft von Gütern, wenn ein Waggon zur Verfügung gestellt wird, Sachmiethe ist.

5. Der **Abschluß des Vertrages** bedarf keiner bestimmten Form. Insbesondere Nr. 7.
ist die Aushändigung der Fahrkarte nicht wesentlich für den Abschluß des Vertrages. Dies ergiebt sich aus § 21 Abs. 2 der E.V.K.O., nach dem unter gewissen Voraussetzungen der Reisende, der verspätet in den Zug einsteigt, auch ohne Lösung einer Fahrkarte gegen einen Zuschlag zur Fahrt zuzulassen ist. Doch wird regelmäßig der Verkauf der Fahrkarte den Abschluß des Vertrages darstellen.

6. Der **Anspruch aus dem Transportvertrage** gegen die Bahn ist mangels Nr. 8.
entgegenstehender Vereinbarung (B.G.B. § 399) **übertragbar**, solange die Reise noch nicht begonnen ist (das Billet noch nicht „durchlocht" ist). Nach Beginn der Reise ist er nicht mehr übertragbar, weil damit eine Veränderung des Inhalts der Forderung erfolgen würde (B.G.B. § 399; a. A. Schneeli S. 45 ff., Leeb S. 32, Göppert S. 71 ff.).

7. Die Fahrkarte muß nothwendig die Strecke, für die sie Geltung hat, die Nr. 9.
Gattung des Zuges, die Wagenklasse sowie den Fahrpreis enthalten (E.V.K.O. § 12); die Person des Passagiers kann sie angeben (z. B. bei vom Besteller ausgefüllten Rundreisefahrkarten), braucht sie aber nicht anzugeben und giebt sie gewöhnlich nicht an.

Unter allen Umständen beweist die Aushändigung der Fahrkarte den Abschluß des Vertrages und die Zahlung des Fahrpreises.[1]) Die Fahrkarte ist also jedenfalls Beweisurkunde, sie ist aber mehr, sie ist Werthpapier, da der Besitz einer gültigen Fahrkarte für die Verwerthung des Rechts aus dem Personentransportvertrag von Bedeutung ist. Ob sie Inhaberpapier im Sinne von B.G.B. § 807 ist, wenn sie die Person des Reisenden nicht angiebt, ist bestritten. Die Frage ist zu bejahen (vgl. auch Mot. zum Entw. I des B.G.B. II S. 721, 722). Freilich darf man sich nicht für die Bejahung auf § 14 E.V.K.O. stützen, wonach „die Fahrkarten Anspruch auf Plätze in der entsprechenden Wagenklasse geben". Denn diese Bestimmung bezieht sich auch auf Rundreisefahrkarten, die zweifellos keine Inhaberpapiere sind und besagt nur, daß der berechtigte Inhaber der Fahrkarte solchen Anspruch hat. Umgekehrt darf man nicht für die Verneinung vorbringen, daß nach Antritt der Reise (Beginn der Leistung seitens der Bahn) die Fahrkarte richtiger Ansicht nach (dagegen Göppert S. 83) nicht mehr übertragbar sei, insbesondere ein Retourbillet auch ohne diesbezüglichen Vorbehalt nicht für die Rückfahrt weiter verkauft werden kann. Denn das Gleiche hat auch für andere Urkunden, die Inhaberpapiere sein können, zu gelten, z. B. für Theaterbillets, Speisemarken u. dgl. Vielmehr ist nach der Natur der Sache anzunehmen, daß der Bahn es völlig gleichgültig ist, ob der A oder der B die Leistung von ihr fordert, daß sie sich durch Verkauf der auf Inhaber lautenden Fahrkarte verpflichtet, jeden Inhaber der Fahrkarte zu transportiren, daß der Transport aber nur einer Person erfolgen soll. Die „unangebrochene" (unkoupirte), nicht auf einen bestimmten Inhaber lautende Fahrkarte ist also Inhaberpapier; der redliche Erwerber wird folglich Eigenthümer und Gläubiger, auch wenn sie gestohlen oder verloren ist (B.G.B. § 935 Abs. 2), der Inhaber der Fahrkarte kann von der Bahn die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, wenn ihm nicht nachgewiesen wird, daß er zur Verfügung über die Fahrkarte nicht berechtigt ist (B.G.B. § 793 Abs. 1), die Bahn wird aus der gültigen Fahrkarte auch dann verpflichtet, wenn sie ohne ihren Willen in den Verkehr gelangt ist (B.G.B. § 794 Abs. 1), der Ausschluß der Einwendungen regelt sich nach B.G.B. § 796. Dagegen findet B.G.B. § 797 nur insoweit Anwendung, als der Reisende verpflichtet ist, am Schlusse der Reise die Fahrkarte zurückzugeben.

Geht die auf Inhaber lautende Fahrkarte vor Antritt der Reise verloren, so kann der Anspruch auf die Beförderung bis zur Wiedererlangung der Fahrkarte nicht geltend gemacht werden; wie, wenn sie nach Antritt der Reise verloren geht? Da die Fahrkarte nunmehr die Eigenschaft des Inhaberpapieres verloren hat, könnte an sich

[1]) Beweist sie auch den Inhalt des Vertrages? Bezüglich der darin angegebenen Punkte jedenfalls; doch können ergänzende Vereinbarungen natürlich getroffen werden, z. B. bezüglich des Zuschlags bei Benutzung eines D-Zuges.

Digitized by Google

der Reisende die Fortsetzung der Leistung von der Bahn begehren. Aber auch nach Antritt der Reise behält die Fahrkarte, die den Namen des Reisenden nicht angiebt, wenigstens die Natur eines Legitimationspapieres (im Sinne von B.G.B. § 808) und die Bahn braucht überhaupt nur gegen Vorzeigung der Fahrkarte zu leisten, selbst wenn diese auf Namen lautet (E.V.K.O. § 21). Aus diesem Grunde ist es ein reiner Gnadenakt der Verwaltung, wenn sie den Reisenden nach Verlust des Billets weiterbefördert.

Nr. 10. 8. Die **Vergütung** ist abweichend vom bürgerlichen Recht (B.G.B. § 641) pränumerando zu zahlen („Lösung der Fahrkarte" E.V.K.O. § 13).

Nr. 11. 9. Der Reisende erhält regelmäßig nicht Anspruch auf einen bestimmten Platz. (Doch giebt es Ausnahmen für bestimmte Züge mit besonderen Einrichtungen (D-Züge) und für besonders ausgestattete Wagen Schlafwagen). Er hat vielmehr nur Anspruch darauf, in einem Abtheil der Klasse, auf die seine Fahrkarte lautet, befördert zu werden. Beim Einsteigen kann er für sich und mitreisende Angehörige je einen Platz belegen (E.V.K.O. § 17 Abs. 1). Kann dem Reisenden ein seiner Fahrkarte entsprechender Platz nicht angewiesen, auch nicht ein Platz in einer höheren Klasse zeitweilig eingeräumt werden, so hat er die Wahl, ob er die Fahrkarte gegen eine solche der niedrigeren Klasse, in der noch Plätze vorhanden sind, unter Erstattung der Preisdifferenz umtauschen oder die Fahrt unterbrechen und das bezahlte Fahrgeld zurückverlangen will (E.V.K.O. § 14 Abs. 1). Sonst hat er ein Recht auf Wechsel der Klasse für die ganze Fahrt unter Ausgleich der Preisdifferenz nur solange, als die Reise noch nicht angetreten und die Fahrkarte noch nicht koupirt ist und nur insoweit, als noch Plätze in der anderen Klasse vorhanden sind (E.V.K.O. § 14 Abs. 2). Auf Uebergang in eine höhere Klasse für eine Theilstrecke hat er auch während der Reise ein Recht, wenn er die Differenz entrichtet (E.V.K.O. § 14 Abs. 3).

Nr. 12. 10. **Versäumt** der Reisende die **Abfahrtzeit**, so hat er nicht Anspruch auf Rückerstattung des Fahrgeldes, doch kann er sich, falls die Fahrkarte auf einen bestimmten Zug lautet, am nämlichen oder folgenden Tage eines nach der Bestimmungsstation abgehenden Zuges bedienen, sofern er die Fahrkarte unverzüglich dem Stationsvorsteher vorlegt und sie prolongiren läßt (E.V.K.O. § 19 Abs. 3). Ein Aehnliches gilt für einmalige Unterbrechung der Fahrt (E.V.K.O. § 25 Abs. 1), bei Rundreisefahrkarten sind öftere Unterbrechungen ohne Prolongation gestattet.

Nr. 13. 11. **Verspätung** der Züge, die öffentlich bekannt zu geben ist (E.V.K.O. § 26 Abs. 7), begründet keinen Anspruch gegen die Bahn. Doch kann der mit durchgehender Fahrkarte versehene Reisende, der in Folge der Zugverspätung den Anschluß versäumt, sofern er sofort zur Abgangsstation zurückkehrt, den für die Hin- und Rückreise bezahlten Preis erstattet verlangen, vorausgesetzt, daß er sofort bei den Vorstehern der Station, bis zu der er gelangte, und der Abgangsstation den Anspruch reklamirte (E.V.K.O. § 26 Abs. 1—3).

Nr. 14. 12. Gänzlicher oder theilweiser **Ausfall der Fahrt** berechtigt die Reisenden nach Wahl, das Fahrgeld für die nicht durchfahrene Strecke zurückzufordern oder die Beförderung mit dem nächsten entsprechenden Zuge zu verlangen. Näheres in E.V.K.O. § 26 Abs. 4. Wird durch Naturereignisse oder andere Umstände die Fahrt auf einer Strecke der Bahn verhindert (was öffentlich bekannt zu geben ist, E.V.K.O. § 26 Abs. 7), so muß die Bahn dafür sorgen, daß bis zur fahrbaren Strecke durch andere Fahrgelegenheiten die Weiterbeförderung erfolgt. Die Kosten hat der Reisende zu tragen, doch kann er Abzug des Fahrgeldes für die nicht durchfahrene Eisenbahnstrecke vornehmen (E.V.K.O. § 26 Abs. 5).

Nr. 15. 13. Der Berner Vertrag regelt den Personenbeförderungsvertrag nicht.

Nr. 16. 14. Für Beschädigungen des Reisenden während der Fahrt haftet die Eisenbahn nach allgemeinen Grundsätzen, für Körperverletzungen und Tödtungen nach den besonderen Grundsätzen des Reichshaftpflichtgesetzes vom 8. Juni 1871 nebst dessen Aenderungen durch Art. 42 des E.B.G.B. Die Bestimmungen des letzteren Gesetzes beziehen sich aber auch auf Eisenbahnen, die nicht der E.V.K.O. unterstehen, ja sogar auf Pferdebahnen.

Nr. 17. 15. Auch für das ältere Recht kam die E.V.K.O. in Frage, aber nicht als objektives Recht des Personentransportvertrages, sondern als Vertragsbedingung.

Digitized by Google

§ 473.

Bei einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnunternehmung, welche der Eisenbahnverkehrsordnung nicht unterliegt (Kleinbahn), sind insoweit, als in den §§ 453, 459, 460, 462 bis 466 auf die Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung verwiesen ist, an deren Stelle die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung maßgebend.

Den Vorschriften des § 453 unterliegt eine solche Bahnunternehmung nur mit der Maßgabe, daß sie die Uebernahme von Gütern zur Beförderung auf ihrer Bahnstrecke nicht verweigern darf.

Entw. I § 446, II § 465; Denkschr. I S. 277, II S. 3273.

Vgl. oben S. 370 Nr. 4.

Auch hier handelt es sich um eine dem öffentlichen Verkehr dienende Bahn, Privatbahnen werden von § 473 nicht betroffen. Die Bahnunternehmung untersteht aber nicht der Eisenbahnverkehrsordnung, weil sie für den allgemeinen Verkehr keine Bedeutung hat (R.V. Art. 4 Nr. 8, Art. 41), vielmehr lokale Interessen befriedigt, z. B. den örtlichen Verkehr innerhalb eines Gemeindebezirkes vermittelt oder eine Stadt mit einem Vorort verbindet. Hierhin werden hauptsächlich elektrische Bahnen und Pferdebahnen zu zählen sein (vgl. preuß. Gesetz über die Kleinbahnen vom 28. Juli 1892), auch Lokomotivbahnen mit geringerer Spurweite.

1. Der **Personentransport** solcher Kleinbahnen richtet sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Die Pflicht der gleichmäßigen Behandlung des Publikums kann ihnen durch landesrechtliche Bestimmung auferlegt werden (Preuß. Gesetz von 1892 § 21). Nr. 1.

2. Der **Gütertransport** untersteht den Vorschriften des siebenten Abschnittes, sofern die Kleinbahn dem öffentlichen Güterverkehr dient. Nur treten an die Stelle der Eisenbahnverkehrsordnung die Beförderungsbedingungen der Kleinbahn. Auch besteht der Transportzwang nur für die Beförderung von Gütern auf der betreffenden Bahnstrecke. Nr. 2.

Im Uebrigen vgl. bei §§ 453 Nr. 7, 460 Nr. 4, 462 Nr. 2, 463 Nr. 1, 464 Nr. 2, 465 Nr. 4, 466 Nr. 6, 471 Nr. 7.

3. Der ältere Rechtszustand für den Gütertransport von Kleinbahnen bestimmte sich nach den Art. 422—431 des A. D. H.G.B. Diese entschieden, wieweit die Beförderungsbedingungen zulässig waren. Nr. 3.

Digitized by Google

Einführungsgesetz
zum
Handelsgesetzbuche.

Vom 10. Mai 1897.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichtags, was folgt:

Art. 1.

Das Handelsgesetzbuch tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuchs tritt mit Ausnahme des § 65 am 1. Januar 1898 in Kraft.

Der siebente Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuchs kann durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths vor dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden.

Entw. II Art. 1; Denkschr. II S. 3279; Komm.Ber. S. 3932, 3933.

Nr. 1. 1. **Absatz 1** entspricht nur dem in Art. 1 des E.B.G.B. enthaltenen Satze. Ueber die Frage, wann das E.G. zum H.G.B. selbst in Kraft getreten ist, siehe M. Pappenheim in Z. XLVI S. 377 ff., dagegen K. Lehmann bei Holdheim VII S. 1 ff. Die Praxis ist jedenfalls der Ansicht gefolgt, daß das E.G. in complexu erst mit dem 1. Januar 1900 in Kraft getreten sei. Eine Ausnahme bildet Art. 13, der bereits am 4. Juni 1897 in Kraft getreten ist.

2. **Absatz 3.** Von der Delegation ist kein Gebrauch gemacht worden.

Art. 2.

In Handelssachen kommen die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz ein Anderes bestimmt ist.

Im Uebrigen werden die Vorschriften der Reichsgesetze durch das Handelsgesetzbuch nicht berührt.

Entw. II Art. 2; Denkschr. I S. 5—7, II S. 3142, 3143, 3279; A. D. H.G.B. Art. 1, 2.

Absatz 1 geht dem Art. 1, Absatz 2 dem Art. 2 des A. D. H.G.B. parallel. Der Inhalt ist aber ein wesentlich anderer.

Absatz 1 stellt für „Handelssachen" die subsidiäre Geltung der Vorschriften des B.G.B. hin. Soweit das H.G.B. oder das E.G. zum H.G.B. ein Anderes bestimmt, gehen deren Bestimmungen vor. Der Satz entspringt der Natur des Handelsrechts als Spezialrecht.

Nr. 1. 1. **„Handelssachen".** Was „Handelssachen" sind, sagt das Gesetz nicht. Daß es nicht diejenigen Rechtsverhältnisse sind, deren Aburtheilung den Kammern für Handelssachen nach G.V.G. § 101 zusteht, ergiebt sich aus der Vergleichung des § 101 G.V.G. mit dem Inhalt des H.G.B., wonach der Begriff der prozessualen Handelssachen theils weiter, theils enger als der der Handelssachen im Sinne dieses Artikels ist. Daß nicht die Rechtsverhältnisse des Handelsverkehrs überhaupt (Behrend § 15) oder jeder dem Handel angehörende Thatbestand, sofern seine rechtliche Erheblichkeit in Betracht

Digitized by Google

kommt (Staub[5] § 1 zu Art. 1), darunter fällt, ist auf der Hand liegend. Denn einerseits bestimmt ja das E.G. zum B.G.B., daß das Versicherungs- und Verlagsrecht (mit Ausnahme der Seeversicherung) vorläufig dem Landesrecht verbleibe (Art. 75, 76 des E.B.G.B.), obwohl es sich doch um Rechtsverhältnisse des Handelsverkehrs hier handelt. Andererseits zieht Art. 6, 7 des E.G. zum H.G.B. offenbar auch Thatbestände, die nicht dem Handelsverkehr angehören, unter die Sphäre des Spezialrechts. — Handelssachen sind darnach einfach alle Thatbestände, die das H.G.B. oder das E.G. zum H.G.B. eigenthümlich regelt oder geregelt wissen will. Absatz 1 sagt also im Grunde nur, daß die Vorschriften des B.G.B. hinter die des H.G.B., beziehungsweise E.G. zum H.G.B. oder der Quellen, auf die diese verweisen — so das Landesrecht (Art. 15 ff. des E.G. zum H.G.B.) —, zurücktreten. In Wahrheit ist bei dem Ineinanderfließen von B.G.B. und H.G.B. eine scharfe Abgrenzung des Begriffes der Handelssachen in Zukunft unnöthig. Es ist rein äußerlich und zufällig, daß der Vorbehalt für das Versicherungs- und Verlagsrecht in das E.G. zum B.G.B., der Vorbehalt für die Checks- und Bierlieferungsverträge in das E.G. zum H.G.B. gelangt ist. Man darf sogar fragen, ob nicht das umgekehrte Verfahren innerlich begründeter war.[1])

2. Für Handelssachen ist die Rangordnung der Rechtsquellen folgende: Nr. 2.

a) Verweist das H.G.B. oder das E.G. zum H.G.B. auf privatrechtliche Vorschriften von Landesgesetzen, so gehen diese vor (z. B. H.G.B. § 83, Art. 15 ff. des E.G. zum H.G.B.).

b) Ist dies nicht der Fall, so kommt das H.G.B. oder das E.G. zum H.G.B. zur Anwendung, und zwar, soweit diese herrschen wollen (als Sonderrecht, nicht als „Privileg", daher mit Zulassung exklusiver Interpretation und analoger Anwendung).

c) Enthält weder das H.G.B. noch das E.G. zum H.G.B. eine besondere Bestimmung, so gilt das B.G.B. Verweist dieses wiederum auf Landesrecht, so gilt Landesrecht.

3. Art. 1 des A. D. H.G.B. hatte dem **Handelsgewohnheitsrecht** eine bestimmte Nr. 3. Stellung zugewiesen, es sollte das H.G.B. ergänzen und dem bürgerlichen Recht vorgehen.

Das neue H.G.B. enthält sich (gleich dem B.G.B.) jeglicher Bestimmung über das Handelsgewohnheitsrecht. Der lebhaft entbrannte Streit über die Kraft des Gewohnheitsrechts im zukünftigen Rechtsleben wird sonach auf das Gebiet des Handelsrechts übertragen, ja er wird muthmaßlich wegen der häufigen und schnellen Bildung handelsgewohnheitsrechtlicher Sätze hier zum Austrage gebracht werden.

a) Allgemein anerkannt ist, daß das Gewohnheitsrecht auch in Zukunft Rechtsquelle ist sowohl des Landesrechts als des Reichsrechts. Soweit somit dem Landesrecht die Geltung verbleibt, gilt dies für Sätze des Gewohnheitsrechts nicht minder als für Sätze des geschriebenen Rechts.

b) Daß Reichs- wie Landesgewohnheitsrecht in Zukunft nicht bloß ergänzende, sondern auch derogirende Kraft besitzt, wird von der herrschenden Ansicht[2]) mit Recht angenommen. Demnach kann Reichsgewohnheitsrecht dem Reichsgesetz oder Landesgesetz, Landesgewohnheitsrecht dem Landesgesetz derogiren, letzteres auch da, wo nach der bisherigen Gesetzgebung ein Anderes galt. Dagegen ist bestritten, ob Landesgewohnheitsrecht dem Reichsgesetz derogiren kann. Die Frage ist richtiger Ansicht nach generaliter zu verneinen,[3]) auch dann also, wenn kaufmännische Kreise ein Landes-

[1]) Eine besondere Definition des Begriffes „Handelssachen" im Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 § 40.

[2]) Anders Staub, Einl. Anm. 24, der dem Reichsgewohnheitsrecht außerhalb der §§ 157, 242 B.G.B. nur ergänzende, nicht derogirende Bedeutung zuspricht. Doch dürfte er schwerlich Beifall finden.

[3]) A. A. Cosack und Krückmann, die sich auf die thatsächliche Macht des Gewohnheitsrechts stützen, dagegen Crome in Iherings Jahrbüchern Bd. 39 S. 323. Eine eigenthümliche Ansicht hat Staub S. 8 Anm. 22. Nach ihm ist partikuläres Gewohnheitsrecht gegen Reichsgesetze innerhalb des Rahmens der §§ 157, 242 B.G.B. anzuwenden, also, soweit es sich um die Auslegung von Rechtsgeschäften und die Art der Bewirkung der Leistung handelt. Allein hier kommt man mit dem Begriff der Usancen schon zu Recht und braucht den Begriff des Gewohnheitsrechts gar nicht, zumal es fraglich ist, ob die opinio necessitatis hier von einem genügend großen Kreise getragen wird.

Digitized by Google

gewohnheitsrecht gegen das B.G.B. in's Feld führen. Die Natur des Handelsrechts als Spezialrecht spielt in dieser Hinsicht keine Rolle mehr, weil der Begriff der „Handelssachen", wie oben erörtert ist, nur noch ein äußerlicher ist. Hat also das H.G.B. oder das E.G. zum H.G.B. keine besondere Bestimmung getroffen, so würde nur Reichsgewohnheitsrecht, nicht Landesgewohnheitsrecht den Vorzug vor dem B.G.B. genießen, die Zwischenstufe, die dem partikulären Gewohnheitsrecht Art. 1 des A. D. H.G.B. zuwies, fällt in Zukunft fort. Vgl. hierzu Riedner, E.G. S. 5.

c) Ueber die Handelsgewohnheiten bei § 346.

Nr. 4. 4. In den Konsulargerichtsbezirken findet in Handelssachen das H.G.B. nur soweit Anwendung, als nicht das im Konsulargerichtsbezirke geltende Handelsgewohnheitsrecht ein Anderes bestimmt, Gesetz vom 7. April 1900 § 40 Abs. 1.

Nr. 5. **Absatz 2.** Was Art. 2 des A. D. H.G.B. mit Bezug auf die Allg. Deutsche W.O. aussprach, generalisirt Absatz 2 für alle Reichsgesetze, gleichgültig, ob sie gleichzeitig oder früher als das H.G.B. erlassen sind. Während also Art. 32 der E.B.G.B. die Reichsgesetze soweit außer Kraft treten läßt, als sich aus dem B.G.B. die Aufhebung ergiebt, läßt Art. 2 Abs. 2 die Reichsgesetze grundsätzlich unberührt. Doch gelten Ausnahmen:

a) Das alte H.G.B. ist gänzlich beseitigt, als beseitigt ist auch anzusehen der Inhalt des Bundesgesetzes vom 5. Juni 1869, soweit es sich nicht um die Erhebung der Wechselordnung zum Reichsgesetz handelt.

b) Desgleichen ist beseitigt das Gesetz vom 18. Juli 1884 und zwar in seiner Totalität.[1])

c) Eine Anzahl Abweichungen enthalten die Art. 8—14 des E.G. zum H.G.B. Im Uebrigen ist bei Widerstreit das andere Reichsgesetz nicht minderwerthig. Läßt sich ein Ausgleich nicht finden, so heben sich die Bestimmungen auf.

d) Nicht handelt Abs. 2 von dem Verhältniß jüngerer Reichsgesetze zum H.G.B. Hier gilt der allgemeine Satz: lex posterior derogat priori. Doch ist dabei im Auge zu behalten, daß der ältere Spezialrechtssatz nicht nothwendig von dem jüngeren Satze allgemeinen Inhalts mitbetroffen wird.

Art. 3.

Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs verwiesen ist, treten die entsprechenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs an deren Stelle.

Denkschr. II S. 3279.

Die Vorschrift läuft parallel dem Art. 4 des E.B.G.B.

Art. 4.

Die nach dem bürgerlichen Rechte mit einer Eintragung in das Güterrechtsregister verbundenen Wirkungen treten, sofern ein Ehegatte Kaufmann ist und seine Handelsniederlassung sich nicht in dem Bezirke des für den Wohnsitz des Ehemanns zuständigen Registergerichts befindet, in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes sich beziehenden Rechtsverhältnisse nur ein, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des für den Ort der Handelsniederlassung zuständigen Gerichts erfolgt ist. Bei mehreren Niederlassungen genügt die Eintragung in das Register des Ortes der Hauptniederlassung.

Wird die Niederlassung verlegt, so finden die Vorschriften des § 1559 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Denkschr. II S. 3279, 3151.

---

[1]) Ueber die Konsequenzen K. Lehmann in Z. XLVIII S. 119; a. A. Rießer, Neuerungen im Aktienrecht S. 144.

Digitized by Google

I. Die Vorschrift gilt für alle Fälle, **in denen einer der beiden Ehegatten Kaufmann ist**, sei es, daß nur der Ehemann, nur die Ehefrau oder beide Ehegatten Kaufmannseigenschaft besitzen. In Wahrheit kommen hier nicht alle nach dem B.G.B. eintragungsbedürftigen Thatsachen in Betracht, sondern nur solche, die für die „auf den Betrieb des Handelsgewerbes sich beziehenden Rechtsverhältnisse" Bedeutung haben. So kann die Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt der Ehefrau nach B.G.B. § 1357 Abs. 2 hier gar nicht in Betracht kommen, sie berührt weder den Mann noch die Frau in ihrer Eigenschaft als Kaufmann. Der Einspruch des Ehemannes gegen den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch die Ehefrau (B.G.B. § 1405 Abs. 3) hat juristische Relevanz nur für die Frau, die Kaufmann ist und deren Gläubiger. Für Handelsgläubiger des Mannes ist die Thatsache, ob der Ehemann Einspruch gegen den selbständigen Betrieb des Erwerbsgeschäftes der Frau erhoben hat, juristisch gleichgültig, der Kreis der ihrem Zugriff unterliegenden Objekte wird dadurch nicht eingeschränkt. Nr. 1.

Wird umgekehrt das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes aufgehoben, so hat die Eintragung für die Gläubiger der Frau, die Kaufmann ist, keine juristische Bedeutung, die Rechte ihrer Gläubiger werden ja dadurch nicht nachtheilig beeinflußt.

Die Praxis wird indessen wohl besser von genauen Distinktionen absehen und möglichst Anträgen aus Uebertragung von in das Güterrechtsregister des Wohnsitzes des Ehemannes vorgenommenen Einträgen in das Güterrechtsregister der Handelsniederlassung stattgeben.

II. Nicht nothwendig ist Vollkaufmannsqualität, die Vorschrift gilt auch für Minderkaufleute, wird freilich selten für diese praktisch werden. Nr. 2.

III. Die Eintragung hat zu erfolgen zuerst in das Güterrechtsregister des Wohnsitzes des Ehemannes, sodann in das Güterrechtsregister der Handelsniederlassung des kaufmännischen Ehegatten. Ueber den zur Eintragung erforderlichen Antrag beider Ehegatten oder eines Ehegatten B.G.B. § 1561. Sie erfolgt dagegen nicht (wie in älterer Zeit) in das Handelsregister des Kaufmanns. Nicht steht im Wege, „durch Ausführungsbestimmungen die Anordnung zu treffen, daß durch geeignete Vermerke im Handelsregister auf die bezüglichen Stellen des Güterrechtsregisters besonders verwiesen werde" (Denkschr. II S. 3151). Vgl. z. B. Meckl. A.V. zum F.G. § 69, Lippisches A.G. zum F.G. § 24 und oben Bd. I S. 48 Anm. 2. Die Eintragung ist durch das für Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen (B.G.B. § 1562), doch hat die Veröffentlichung keine besondere juristische Bedeutung (B.G.B. § 1435 Abs. 1 läßt nur die Eintragung entscheiden). Nr. 3.

IV. Die Eintragung wirkt nur dann, wenn sie in das Güterrechtsregister des zuständigen Gerichts erfolgt. Bei Mehrheit von Hauptniederlassungen, die in verschiedenen Registerbezirken liegen, muß sie in das Güterrechtsregister jeder Hauptniederlassung geschehen, soll sie für die aus dem Betrieb dieser Hauptniederlassung sich ergebenden Rechtsverhältnisse Wirkung haben. Wird eine Hauptniederlassung verlegt, so muß sie im Register des neuen Bezirkes wiederholt werden. Wird sie nach dem alten Bezirk zurückverlegt, so gilt die frühere Eintragung als von neuem erfolgt (B.G.B. § 1559). Nr. 4.

In das Güterrechtsregister der Zweigniederlassung braucht die Eintragung nicht vorgenommen zu werden, doch kann sie es und ebenso ist zulässig, durch einen Vermerk im Handelsregister der Zweigniederlassung auf das Güterrechtsregister des Domizils zu verweisen.

V. Ist ein Ehegatte Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, deren Sitz sich nicht im Bezirke des für den Wohnsitz des Ehemannes zuständigen Registergerichts befindet, so hat die Eintragung in das Güterrechtsregister des Sitzes der Handelsgesellschaft zu erfolgen. Dies gilt auch, wenn der Ehegatte nur Kommanditist ist, da er auch als solcher Kaufmann ist, oben Bd. I S. 8 Anm. 1. — Anderenfalls würde die Haftung aus § 128 beziehungsweise § 171 schrankenlos eintreten; der Ehemann der Gesellschafterin z. B. könnte seinen Einspruch (B.G.B. § 1405 Abs. 3) nicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, die die Ehefrau aus § 128 belangen, geltend machen. Nr. 5.

Digitized by Google

Art. 5.

Auf Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften der Landesgesetze nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen, findet der § 2 des Handelsgesetzbuchs keine Anwendung.

Denkschr. II S. 3279, 3146, 3147. Vgl. oben § 2 Nr. 2.

Art. 6, 7

betreffen das Seerecht.

Art. 8.

Aufgehoben werden:

1. das Gesetz, betreffend die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister, vom 30. März 1888 (Reichs-Gesetzbl. S. 129);
2. der Art. 80 der Wechselordnung;
3. der § 68 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 (Reichs-Gesetzbl. S. 409);
4. der § 86 Abs. 2 des Gesetzes, betreffend die Unfallversicherung der Seeleute und anderer bei der Seeschiffahrt betheiligter Personen, vom 13. Juli 1887 (Reichs-Gesetzbl. S. 329).

Art. 9.

Die Gewerbeordnung wird dahin geändert:

I. Als § 15a werden folgende Vorschriften eingestellt:

Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirthschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirthschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.

Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise an dem Laden oder der Wirthschaft anzubringen, ist aus der Firma der Familienname des Geschäftsinhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen, so genügt die Anbringung der Firma.

Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden diese Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in Betreff der Namen der Gewerbetreibenden bestimmt ist.

Sind mehr als zwei Betheiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Betheiligter an-

Digitized by Google

deutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Betheiligten anordnen.

II. Als § 133f wird folgende Vorschrift eingestellt:

Eine Vereinbarung zwischen dem Gewerbeunternehmer und einem der im § 133a bezeichneten Angestellten, durch die der Angestellte für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Angestellten nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung seines Fortkommens ausgeschlossen wird.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Angestellte zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

III. Der § 148 erhält folgenden Zusatz:

14. wer den Vorschriften des § 15a zuwiderhandelt.

Entw. I § 16 Anm. 1, II Art. 9; Denkschr. I S. 34, 35, II S. 3280, 3156, 3157, Komm.Ber. S. 3934—3936.

Litteratur: Cohn in Gruchot Bd. XLII, Riesenfeld im Preußischen Verwaltungsblatt XXI Nr. 33.

Die Vorschrift unter Nr. I, III bildet eine Ergänzung zum Firmenrecht, die unter Nr. II eine Ergänzung zum Recht der Konkurrenzklauseln. Beide Vorschriften sind deshalb hier zu kommentiren.

I. Von den vier Absätzen des § 15a I R.G.O. beziehen sich Abs. 1 und 4 nicht bloß auf Voll-, sondern auch auf Minderkaufleute, ja sogar auf Gewerbetreibende, die überhaupt nicht Kaufleute sind, z. B. kleine Drucker, kleine Buchbinder, sofern sie einen offenen Laden haben, während Abs. 2, 3 nur Vollkaufleute betrifft. Vgl. oben bei § 4 Nr. 7 S. 41. Nr. 1.

Alle vier Absätze enthalten nur gewerbepolizeiliche Vorschriften, der Begriff des Kaufmanns sowie das Recht der Firmenführung wird dadurch nicht beeinflußt. Das Zuwiderhandeln zieht nach Z. III Geldstrafe bis zu 150 Mark, im Unvermögensfalle Haft bis zu 4 Wochen nach sich. — Im Einzelnen gilt:

a) Die Verpflichtung betrifft nur solche Gewerbetreibende, die einen **offenen Laden** haben **oder Gast- oder Schankwirthschaft** betreiben. **Laden** ist nicht bloß der Verkaufsstand, sondern auch möglicherweise bei Handwerkern die Werkstatt (siehe Grimm, W.B.), überhaupt jede Räumlichkeit, die zum Feilhalten oder zur sonstigen Ausübung der kommerziellen Thätigkeit dient, so bei Leihbibliotheken der Raum, in dem die Bücher ausgegeben werden. Auch das Comptoir kann hierunter fallen. Dagegen gehören nicht hierher Fabriken, Speicher. Gleichgültig ist, ob es sich um einen Laden in festem Gebäude oder um Verkaufsbuden oder Stände in Markthallen handelt. Doch wird man bloß vorübergehende Verkaufsstände wohl kaum hierher zu ziehen haben. Der Laden muß ferner ein **offener**, d. h. für das Publikum zugänglicher sein, daß er gerade mit Schaufenster versehen ist, ist nicht nothwendig. Geschlossene Lokale fallen nicht darunter. — Unter **Gastwirthschaft** fällt auch der Betrieb eines Hôtel garni. Nr. 2.

b) Die Verpflichtung bezieht sich nur auf Anbringung von Namen, beziehungsweise Firma an der **Außenseite** oder am **Eingange** des Ladens oder der Wirthschaft (nicht genügt Anbringung im Schaufensterraum, auch wenn dies klar sichtbar ist), nicht also auf Anbringung des Namens in den Korrespondenzen, auf Fakturen u. dgl., aber auch nicht auf Anbringung an der Fabrik. Hat ein Gewerbetreibender mehrere offene Läden, so ist an jedem die Anbringung vorzunehmen. Nr. 3.

c) Anzubringen ist der **Familienname** des Inhabers **mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen.** Das Erforderniß des ausgeschriebenen Vornamens bezweckt vor Allem, das Publikum auf den Umstand, daß eine Frau Gewerbetreibende ist, aufmerksam zu machen, in den Entw. I und II war es sogar auf diesen Fall Nr. 4.

Digitized by Google

beschränkt, erst in der Reichstagskommission erfogte die Generalisirung. Daß der ausgeschriebene Vorname der Rufname ist, ist auch hier nicht nothwendig.

Nr. 5. d) Ist der Gewerbetreibende **Vollkaufmann**, so ist außerdem seine **Firma** anzubringen, sei es an derselben Stelle (z. B. Name und Firma am Eingang), sei es an der anderen von beiden Stellen (so die Firma am Ladenschild, der Name am Eingang). Enthält die Firma den Familiennamen und einen ausgeschriebenen Vornamen des Gewerbetreibenden, so genügt die Angabe der Firma. Gestattet ist, daneben noch den Familiennamen mit einem anderen ausgeschriebenen Vornamen, z. B. dem Rufnamen, oder mit allen Vornamen anzubringen, ja diese können auch abgekürzt angebracht werden.

Nr. 6. e) Bei **offenen Handelsgesellschaften**, die aus nur zwei Gesellschaftern bestehen, sind die Familiennamen beider Gesellschafter mit je mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen dann anzubringen, wenn die Gesellschaftsfirma nicht den Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen jedes Gesellschafters enthält. Bilden also August Müller und Friedrich Schmidt eine offene Handelsgesellschaft mit der Firma „Müller & Schmidt" oder „A. Müller & F. Schmidt", so sind die Namen August Müller und Friedrich Schmidt an der Außenseite und am Eingang des Ladens neben der obigen Firma anzubringen. Besteht die offene Handelsgesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern, und enthält die Firma den Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen von zwei Gesellschaftern, sowie einen das Vorhandensein weiterer Gesellschafter andeutenden Zusatz, so bedarf es einer weiteren Angabe nicht, doch kann die Polizeibehörde im einzelnen Falle anordnen, daß die Familiennamen und je mindestens ein ausgeschriebener Vorname sämmtlicher Gesellschafter an der Außenseite oder am Eingang des Ladens angebracht werde.

Nr. 7. f) Bei **Kommanditgesellschaften** und **Kommanditgesellschaften auf Aktien** sind nur die Namen der Komplementare anzubringen; ist also nur ein Komplementar da und sein Familienname mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen in der Firma enthalten, so bedarf es besonderer Angabe des Komplementars nicht weiter; sind zwei Komplementare da und sind nicht beider Familiennamen nebst je einem ausgeschriebenen Vornamen in der Firma enthalten, so sind die Familiennamen und je ein ausgeschriebener Vorname Beider besonders anzugeben. Sind mehr als zwei Komplementare da und enthält die Firma die Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen von zwei Komplementaren, sowie einen das Vorhandensein weiterer Gesellschafter andeutenden Zusatz, so bedarf es einer weiteren Angabe nicht, doch kann die Polizeibehörde im einzelnen Falle anordnen, daß die Familiennamen und je mindestens ein ausgeschriebener Vorname sämmtlicher Komplementare an der Außenseite oder am Eingange des Ladens angebracht werde.

Nr. 8. g) Ist Gewerbetreibender eine juristische Person, so wird deren Vereins- beziehungsweise Stiftungsname an die Stelle des Familiennamens zu treten haben.

Nr. 9. h) Die Anbringung hat „in **deutlich lesbarer Schrift**" zu erfolgen, d h. die Schriftzeichen sollen, wie bei der Firma, deutsch oder lateinisch sein (siehe § 17 Nr. 11). Im Uebrigen ist es gleichgültig, ob sie auf Holz-, Porzellan-, Messingschildern, durch Aufmalung auf der Wand, durch Metalllettern auf dem Schaufenster u. s. w. geschieht.

Nr. 10. i) Die Vorschrift gilt auch für Gewerbetreibende, die aus früherer Zeit her ihr Gewerbe betreiben.

Nr. 11. II. Die Vorschrift unter **Nr. II** fehlte beiden Entwürfen, sie wurde erst in der Reichstagskommission dem Gesetz eingefügt (Kommissionsber. S. 3935, 3936). Danach werden die „von Gewerbeunternehmern gegen feste Bezüge beschäftigten Personen, welche nicht lediglich vorübergehend mit der Leistung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder einer Abtheilung desselben beauftragt (Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte) oder mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind (Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker, Zeichner u. dgl.)", der Vortheile, die die Gesetzgebung über die Konkurrenzklauseln den Handlungsgehülfen gewährt, bis zu einem gewissen Grade ebenfalls theilhaftig. Absatz 1 und 3, aber nicht Absatz 2 des § 74 ist auf sie erstreckt worden. Der Grund zu dieser Beschränkung liegt darin, daß bei der Industrie es sich weniger um die Verhinderung der Gründung oder Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes derselben Branche, in welcher der Prinzipal thätig ist, als um den Verrath von Industrie- und Fabrikgeheimnissen handelt, so daß die zeitliche Begrenzung der Beschränkung bei den gewerblichen Verhältnissen gänzlich unangebracht und im Stande wäre, eine große Reihe von Unternehmungen zu ruiniren. Der Richter wird also hier in jedem Falle zu untersuchen haben, ob und wieweit eine über drei Jahre hinausgehende Beschränkung eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Industriebeamten in sich birgt. Im

Digitized by Google

Uebrigen ist auf § 74 zu verweisen. § 75 findet überhaupt keine Anwendung. Vielmehr sind die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über die Geltendmachung des Rechts auf die Vertragsstrafe zur Anwendung zu bringen. Dabei wird als Regel anzunehmen sein, daß der Sinn des Vertrages der sei, daß der Industriebeamte die Vertragsstrafe nur dann zu zahlen habe, wenn er die Stellung freiwillig und ohne daß ihm dazu seitens des Prinzipals gerechter Anlaß gegeben ist, aufgiebt (R.G.E. XX Nr. 21). Das praktische Resultat wird sich also ähnlich dem in § 75 Abs. 1 gestalten. Was § 75 Abs. 2 betrifft, so treten an dessen Stelle B.G.B. §§ 340, 342, doch kann der Sinn des Vertrages natürlich auch der sein, daß der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen soll. Herabsetzung der Konventionalstrafe B.G.B. § 343.

Art. 10—14

betreffen Aenderungen des Genossenschaftsgesetzes, Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Binnenschiffahrtsgesetzes und Börsengesetzes.

Art. 15.

Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze bleiben insoweit unberührt, als es in diesem Gesetze bestimmt oder als im Handelsgesetzbuch auf die Landesgesetze verwiesen ist.

Soweit die Landesgesetze unberührt bleiben, können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden.

Entw. II Art. 15; Denkschr. II S. 3284, 3285.

Absatz 1 enthält eine Einengung von Art. 55 des E.B.G.B., nach dem die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft treten, soweit nicht in dem B.G.B. oder dem E.B.G.B. ein Anderes bestimmt sei. Zu den privatrechtlichen Vorschriften gehören nämlich an sich auch die handelsrechtlichen, wie denn auch Art. 75, 76 des E.B.G.B. das Versicherungs- und Verlagsrecht ausdrücklich dem Landesrecht vorbehalten haben. Da andererseits es zweckmäßig erschien, gewisse handelsrechtliche Materien, die im E.B.G.B. nicht vorgesehen waren, dem Landesrecht vorzubehalten, so engte Abs. 1 den Art. 55 des E.B.G.B. ein. Die Aufzählung der vorbehaltenen Materien findet sich in den Art. 16—21 des E.H.G.B.

Absatz 2 entspricht E.B.G.B. Art. 3, 218.

Art. 16.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Lagerscheine und Lagerpfandscheine, die Vorschriften über Lagerscheine jedoch nur insoweit, als sie den § 363 Abs. 2 und die §§ 364, 365, 424 des Handelsgesetzbuchs ergänzen.

Entw. II Art. 16; Denkschr. I S. 250, II S. 3285, 3260.

1. **Lagerpfandscheine.** Das Gesetz läßt gänzlich unberührt landesrechtliche Nr. 1.
Vorschriften über Lagerpfandscheine (Warrants). Solche enthalten zur Zeit das bremische Gesetz, betr. die Lagerscheine und Warrants, vom 13. Mai 1877 (geändert durch Art. 3 des brem. Gesetzes vom 18. Juli 1899) §§ 1, 3, 4—13, ferner die in Elsaß-Lothringen geltenden französischen Gesetze vom 28. Mai 1858 nebst Dekret vom 12. März 1859 und Gesetz vom 31. August 1870. Danach bleiben unberührt die Vorschriften über das Aussehen der Warrants, deren Indossabilität, die Wirkungen der Indossirung und Uebergabe, die Kraft des dadurch erzeugten Pfandrechts, die Ausübung des Pfandrechts, insbesondere die Formalitäten des Verkaufs, den Regreß des Indossatars, die Einlösung der Waaren durch Abfindung des Warrantinhabers.

2. **Lagerscheine.** Das Gesetz läßt ferner unberührt landesrechtliche Vorschriften Nr. 2.
über Lagerscheine, letztere jedoch nur soweit, als sie die §§ 363 Abs. 2, 364, 365, 424 ergänzen. So könnte das Landesrecht Lagerscheinen die Orderqualität verleihen,

Digitized by Google

auch ohne, daß sie von einer konzessionirten Anstalt ausgegeben sind, es könnte ferner dem Rektalagerschein die Eigenschaft eines Traditionspapieres verleihen (vgl. § 424 Nr. 2, 5, 13). Dagegen könnte es nicht dem Orderlagerschein die Eigenschaft des Traditionspapieres nehmen, jedenfalls nicht mit Bezug auf Eigenthumsübertragung, wohl aber mit Bezug auf Verpfändung dann, wenn es besondere Lagerpfandscheine verlangt. Denn indem das Gesetz die landesrechtlichen Vorschriften über Lagerpfandscheine gänzlich unberührt läßt, ermächtigt es das Landesrecht, für die Verpfändung besondere Traditionspapiere zu verschaffen. Nicht so weit geht das brem. Gesetz von 1877, vgl. dessen §§ 4, 5.

Art. 17.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Checks.

Denkschr. II S. 3285.

Elsaß-Lothringen: französisches Checkgesetz vom 14. Juni 1865. Eine sonstige gesetzliche Regelung des Checkwesens ist in Deutschland bisher nicht erfolgt.

Art. 18.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über den Vertrag zwischen dem Brauer und dem Wirthe über die Lieferung von Bier, soweit sie das aus dem Vertrage sich ergebende Schuldverhältniß für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden.

Denkschr. II S. 3285.

Praktisch für Bayern. Vgl. bayer. Ausführungsgesetz zum B.G.B. Art. 13, 14: Art. 13 bestimmt: „Wird zwischen einem Brauer und einem Wirthe ein Vertrag über die Lieferung von Bier ohne Bestimmung der Menge des zu liefernden Bieres geschlossen, so gilt, soweit nicht ein Anderes vereinbart wird, als Gegenstand des Vertrags der gesammte Bedarf an Bier, der sich in dem Gewerbetriebe des Wirthes während der Dauer des Vertragsverhältnisses ergiebt. Der Wirth ist verpflichtet, den Bedarf ausschließlich von dem Brauer zu beziehen, der Brauer hat dem Wirthe die jeweils verlangten Mengen zu liefern. Ist die Dauer des Vertragsverhältnisses nicht bestimmt, so kann dieses von jedem Theile für den Schluß des Monats September jedes Jahres gekündigt werden. Geht das Geschäft des einen oder des anderen Theiles durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf einen Dritten über, so hat der bisherige Inhaber dafür einzustehen, daß der neue Inhaber in den Vertrag eintritt."

Art. 14 betrifft den Anspruch des Brauers auf Bestellung einer Sicherungshypothek.

Art. 19, 20

haben nur für den Seehandel Bedeutung.

Art. 21.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften zur Ausführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, soweit sie durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 (Bundes-Gesetzbl. S. 379) aufrecht erhalten sind. Dies gilt jedoch nicht für die Vorschriften über kaufmännische Anweisungen.

Entw. II Art. 21; Denkschr. II S. 3286.

1. Satz 1. Die in Frage kommenden Vorschriften betreffen:

Nr. 1. a) Die Proteststunden, Zusammenstellung bei Bernstein, W.O. Art. 92 § 3, wozu Lübeck. A.G. zum B.G.B. vom 30. Oktober 1899 § 170 (9 Uhr Morgens bis 7 Uhr Abends), ferner Württemberg. A.G. zum B.G.B. Art. 114 (8 Uhr Vormittags bis 8 Uhr Abends), Hess. A.G. zum H.G.B. vom 20. Juli 1899 Art. 6 (9 Uhr Vor-

Digitized by Google

mittags bis 6 Uhr Abends). Vgl. hierzu Grünhut, W.R. II S. 71 Anm. 66, Pappenheim in Z. XXXIV S. 431 ff.

b) Die Gerichtsbeamten, die Protestbeamte sein sollen. Zusammenstellung bei Bernstein, W.O. Art. 87 § 1, dazu preuß. A.G. zum R.G. über die freiw. Gerichtsbarkeit Art. 131, Meckl.Schwer. A.V. zum R.G. über die freiw. Gerichtsbarkeit § 91 (Strel. § 86), Württemberg. A.G. zum B.G.B. Art. 271 u. A. Nr. 2.

c) Die Bestimmung der allgemeinen Feiertage im Sinne des Art. 92 der Allg. D. W.O. Vgl. Bernstein Art. 92 § 1. Doch ist diese Materie durch viele A.G. zum B.G.B. generaliter für das B.G.B. geregelt worden. Vgl. Kgl. Sächs. A.V. zum B.G.B. § 8, Lübeck. A.G. zum B.G.B. §§ 171, 20, Brem. A.G. zum B.G.B. § 8, Meckl. A.V. zum B.G.B. § 3, Sachs.Weimar-Eisenach. A.G. zum B.G.B. § 3 u. A. Badische V.O. vom 11. November 1899 § 2. Nr. 3.

d) Gesetzliche Präsentationsfristen für die Präsentation zur Annahme bei Meß- und Marktwechseln. Zusammenstellung bei Bernstein Art. 18 S. 119. Nr. 4.

e) Gesetzliche Zahltage für Messen oder Märkte. Bernstein zu Art. 35. Nr. 5.

f) Die wenig praktischen Bestimmungen für Usowechsel, die vom Auslande gezogen werden über die Usofrist, Bernstein S. 34 Anm. 1. Nr. 6.

g) Die besonderen Bestimmungen für Hamburg-Altona. Vgl. Bernstein S. 147, 197, 235. Nr. 7.

2. **Satz 2.** Es fallen damit fort: Bayer. Gesetz vom 29. Juni 1851, die kaufmännischen Anweisungen betreffend (vgl. bayer. A.G. zum B.G.B. Art. 175 Nr. 10), sächs. Gesetz vom 7. Juni 1849 (vgl. sächs. V.O. vom 24. Juli 1899 § 133 Nr. 7), Frankfurter E.G. zur W.O. § 12, Sachsen-Weimar. Gesetz vom 13. Juli 1849 (vgl. A.G. zum H.G.B. Art. 4), Sachsen-Altenb. Gesetz vom 30. März 1864, Reuß ä. L. und j. L. E.G. zum H.G.B. Art. 23 beziehungsweise § 23. Vgl. bei § 363 Nr. 4. Nr. 8.

Art. 22.

Die zur Zeit des Inkrafttretens des Handelsgesetzbuchs im Handelsregister eingetragenen Firmen können weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften.

Die Vorschriften des § 20 des Handelsgesetzbuchs über die in die Firma der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien aufzunehmenden Bezeichnungen finden jedoch auf die bei dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs für eine solche Gesellschaft in das Handelsregister eingetragene Firma Anwendung, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Inhaberin ist.

Entw. I —, II Art. 22; Denkschr. II S. 3286, 3287. Vgl. hierzu oben § 18 Nr. 12, § 19 Nr. 5, § 20 Nr. 6 und K. Lehmann in Z. XLVIII S. 49—53, auch Opet in Z. XLIX S. 69 Anm. 38.

Art. 23.

Auf die Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, die vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet ist, finden die bisherigen Vorschriften Anwendung, sofern vor diesem Zeitpunkte die Voraussetzungen erfüllt sind, an deren Nachweis die bisherigen Vorschriften die Eintragung knüpfen.

Entw. II Art. 23; Denkschr. II S. 3287.

1. **Uebergangsvorschriften für Aktienvereine.** (Litteratur Bd. I S. 374 Nr. 4.) Die Art. 23—28 enthalten, mit Art. 22 Abs. 2, die sparsamen Uebergangsbestimmungen für Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften. Inwieweit die das Aktien- Nr. 1.

Digitized by Google

recht enthaltenden Normen des neuen H.G.B. auf ältere Gesellschaften Anwendung finden, ist in der Vorbemerkung 4 zu Buch II Abschn. 3 (Bd. I S. 374 f.) grundsätzlich erörtert: Die Entstehung des älteren Aktienvereins wird von dem zur Zeit derselben geltenden Rechte beherrscht. Die Organisation des älteren Vereins, seine gesammte Lebensbethätigung ist vom 1. Januar 1900 ab nach dem neuen H.G.B. zu beurtheilen, vorbehaltlich entgegenstehender Bestimmungen des E.H.G.B. Insoweit es sich nicht um die Organisation, die Lebensbethätigung des Vereins handelt, greifen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über die zeitliche Anwendbarkeit der Gesetze Platz, sofern E.H.G.B. nicht abweicht. Dieser Standpunkt, von dem aus das jetzige Recht der älteren Vereine bei den einzelnen Gesetzesparagraphen erörtert ist, wird auch von dem Reichsgericht innegehalten. In dem Urtheil vom 27. Februar 1901 (J.W.Schr. S. 234) ist die Verpflichtung einer vor dem Ges. vom 11. Juni 1870 entstandenen Aktiengesellschaft zur Bestellung eines Aufsichtsraths anerkannt. Wie das Reichsgericht ausspricht, „muß ein Gesetz, das die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften erschöpfend zu regeln bestimmt ist, im Allgemeinen auch für die schon bestehenden Aktiengesellschaften Geltung haben und in Zukunft nicht nur für ihr Handeln im Rechtsverkehr maßgebend sein, sondern auch für ihre Verfassung, wenn und insoweit es Bestimmungen enthält, deren Inhalt ergiebt, daß sie auf alle Gesellschaften Anwendung finden sollen". Das Reichsgericht erwägt auch: da in den Uebergangsvorschriften des E.H.G.B. die Art. 24, 27, 28 angäben, welche der jetzigen Bestimmungen für ältere Aktiengesellschaften nicht gelten, so nöthige dies zu dem Schlusse, daß die nicht ausgenommenen Bestimmungen für sie Geltung haben sollen. Damit ist die durchaus wünschenswerthe Einheitlichkeit des Rechtes für alte und neue Aktienvereine gewährleistet.

Ueber die Bedenken gegen die Annahme der Fortgeltung der §§ 2—7 der Aktiennovelle von 1884 Bd. 1 S. 375.

Nr. 2. 2. **Eingriff des Registergerichts.** Viele älteren Aktienvereine haben, weil der Inhalt ihrer Gesellschaftsverträge mit dem neuen Rechte nicht in Einklang stand, die Gesellschaftsverträge der Neuordnung freiwillig angepaßt. Eine Zwangsbefugniß nach dieser Richtung steht dem Registergerichte nicht zu. Weder kann das Registergericht auf eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags im Ordnungsstrafverfahren hinwirken (§ 319 Abs. 2 mit § 277 Abs. 1), noch kann es die Eintragung einer solchen an sich einwandsfreien Abänderung davon abhängig machen, daß andere Vorschriften des Gesellschaftsvertrags, die dem neuen Gesetze nicht entsprechen, zuvor geändert werden (O.L.G. Dresden in Z. XXXV S. 237, 249). Auch eine Löschung des Vereins oder eines Generalversammlungsbeschlusses nach D.F.G.G. § 144 kommt hierbei nicht in Frage. Die Löschung eines Aktienvereins oder eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Nichtigkeit im Verfahren von Amtswegen erscheint nur zulässig, wenn der Nichtigkeitsgrund zur Zeit der Eintragung des Vereins oder Beschlusses bestand. Der § 144 wendet lediglich auf die Sonderfälle den in ihm angeführten § 142 D.F.G.G. an, wonach eine Eintragung von Amtswegen gelöscht werden kann, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Art. 2 Preuß. A.G. z. H.G.B. bezieht sich nur auf Eintragungen auf Grund des bisherigen Landesrechts, die nach dem jetzigen H.G.B. unzulässig sind. (Vgl. aber Riesenfeld, Einfluß S. 123 f., Riesser, Neuerungen S. 160 f.)

Nr. 3. 3. **Vorschriften über die Gesellschaftserrichtung.** Der Art. 23 entspricht dem § 2 Abs. 1 Ges. vom 18. Juli 1884. Er will nicht dem selbstverständlichen Gedanken Ausdruck geben, daß die Bestimmungen über die, hier als Errichtung bezeichnete (Makower III S. 25), Gründung auf die am 1. Januar 1900 schon bestehenden Aktienvereine keine Anwendung finden, sondern die Frage entscheiden, wie es mit den Gründungsvorschriften bei den Aktienvereinen zu halten ist, die vor dem 1. Januar 1900 angemeldet, aber noch nicht eingetragen sind. Für solche Vereine gilt das alte Recht, wenn schon vor dem 1. Januar 1900 materiell die Voraussetzungen gegeben sind, an deren Nachweis das alte Recht die Eintragung knüpfte. Nicht erforderlich ist, daß der Nachweis dem Registergerichte schon vorher erbracht war. Gerade die Verzögerung der Eintragung wegen formeller Mängel sollte die Anwendbarkeit des alten Rechtes nicht ausschließen. Die Denkschrift hebt hervor, daß die Bestimmung namentlich für die vor dem Inkrafttreten des H.G.B. angemeldeten Kommanditaktiengesellschaften von Belang sei, die einerseits den neuen Vorschriften über die Mindestzahl der Gründer und über die Bestellung von Revisoren nicht unterliegen (§ 321, § 320 Abs. 3 mit § 192), andererseits aber die Eintragung nur erreichen, wenn die

Digitized by Google

persönlich haftenden Gesellschafter sich mit Einlagen gemäß dem nicht übernommenen Art. 174a des Ges. von 1884 betheiligt haben.

Die Frage, ob und in welchem Umfange durch die Gründung einer (auch einer im Sinne des Art. 23) älteren Gesellschaft eine Verantwortlichkeit entstanden ist, kann gemäß E.B.G.B. Art. 170 nur nach dem zur Zeit des Gründungsaktes geltenden Rechte beantwortet werden (Nr. 10 zu § 202; wegen der Vergleiche und Verzichte aber Nr. 5 zu § 205). Dagegen muß, insoweit es sich um die Organe handelt, die für die Gesellschaft über die Geltendmachung der Ansprüche zu befinden haben, das zur Zeit der betreffenden Entschließung in Kraft stehende Recht maßgebend sein, weil hierbei nur der Gesellschaftsorganisation angehörige Bestimmungen in Betracht kommen (R.G.E. XVIII S. 56 ff.). Deshalb findet seit dem 1. Januar 1900 die Vorschrift in § 268 Abs. 1, wonach schon eine Minderheit mit $^1/_{10}$ — statt wie bisher mit $^1/_5$ — Grundkapital die Verfolgung der Ansprüche aus der Gründung in einer die Gesellschaft bindenden Weise verlangen kann, auch auf Ansprüche Anwendung, die der Gesellschaft aus einer unter der Herrschaft des Gesetzes vom 18. Juli 1884 erfolgten Gründung erwachsen sind (Johow-Ring XXI S. A 80 ff.).

Art. 24.

Sind die Aktien einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gemäß den vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 (Reichs-Gesetzbl. S. 123) in Geltung gewesenen Vorschriften auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt, so bleiben im Falle einer Zusammenlegung oder sonstigen Umwandlung dieser Aktien die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs außer Anwendung. Der Nennbetrag der Aktien darf jedoch nicht herabgesetzt werden.

Wird das Grundkapital einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Ausgabe neuer Aktien erhöht, so finden die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs auf die neuen Aktien Anwendung, auch wenn die Ausgabe mittelst Umwandlung von Aktien der im Abs. 1 bezeichneten Art geschieht.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine.

Entw. II Art. 24; Denkschr. II S. 3287.

Die Vorschrift ist in Nr. 7 zu § 180 erläutert.

Art. 25.

Die Vorschriften des § 228 des Handelsgesetzbuchs über die Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Aktien finden auch in dem Falle Anwendung, daß eine Aktie vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs abhanden gekommen oder vernichtet worden ist.

Entw. II Art. 25; Denkschr. II S. 3287.

Die Vorschrift ist in Nr. 4 zu § 228 erläutert.

Art. 26.

Die vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs erfolgte Außerkurssetzung einer auf den Inhaber lautenden Aktie verliert mit dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs ihre Wirkung.

Entw. II Art. 26; Denkschr. II S. 3287.

Ob die **Außerkurssetzung** — d. h., um eine freilich sehr allgemeine, von den Verschiedenheiten der Wirkung nach Maßgabe der älteren Landesgesetzgebung absehende

Digitized by Google

Definition zu brauchen: die Umwandlung des Inhaberpapiers in ein Namenspapier durch Privatvermerk des Inhabers oder auf dessen Antrag durch eine Behörde ohne Theilnahme des Ausstellers — bei der Inhaberaktie nach bisherigem Rechte erfolgen konnte, war zweifelhaft (vgl. Marsson, Die Außerkurssetzung der Inhaberpapiere, 1887, S. 19 f., Renaud A.G. S. 112 f., 430 gegen und R.G.E. IV S. 138 ff., Pappenheim in Z. XXXIV S. 611 f. für die Zulässigkeit). Nach E.B.G.B. Art. 176 findet die Außerkurssetzung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber nach dem Inkrafttreten des B.G.B. nicht mehr statt und verliert eine vorher erfolgte Außerkurssetzung mit diesem Inkrafttreten ihre Wirkung (dazu besonders Ritter, Allg. Lehren des Handelsrechts S. 163 ff.). Letzteres ist in Art. 26 E.H.G.B. auch für die Inhaberaktie bestimmt (Vorschlag von Simon in Makower's und seinen Beiträgen S. 81 f.). Dem Sinne der Vorschrift nach kann eine Außerkurssetzung der Inhaberaktie nach dem 1. Januar 1900 erst recht nicht stattfinden (Denkschr. S. 3287; Makower III S. 27), selbst dann nicht, wenn in der Aktienurkunde die Außerkurssetzung freigestellt sein sollte (Ritter S. 166). Die Umwandlung der Inhaberaktie in eine Namensaktie kann nur noch, wie nach B.G.B. § 806, E.B.G.B. Art. 174 Abs. 1 durch den Aussteller, die Aktiengesellschaft, erfolgen. Vgl. das Nähere in Nr. 2 zu § 183. Aeltere Vermerke des Ausstellers zur Hemmung der Umlaufsfähigkeit der Inhaberaktie, ohne Umwandlung derselben in eine Namensaktie — Festmachung ohne Benennung eines Berechtigten — werden gleichfalls nach dem Sinne von Art. 26 ihre Bedeutung verlieren (Ritter S. 169, Niedner E.B.G.B. zu Art. 174 Nr. 3 b). Auch eine nach älterem Rechte etwa zulässige Außerkurssetzung von Erneuerungsscheinen (Ring A.G. S. 403 f.) wird nach der Tendenz des Gesetzes fortan nicht erfolgen können und, soweit sie früher gültig erfolgt ist, unbeachtlich sein. Die Außerkurssetzung von Gewinnantheilscheinen auf den Inhaber (Ring A.G. S. 402) ist, da diese Scheine Schuldverschreibungen auf den Inhaber im Sinne von B.G.B. §§ 793 ff. sind (Nr. 6 zu § 213), unmittelbar von E.B.G.B. Art. 176 betroffen. Für ihre Festmachung durch den Aussteller gelten B.G.B. § 806, E.B.G.B. Art. 174 Abs. 1.

Art. 27.

Auf Personen, die bei dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft sind, finden für die Dauer der Bestellung die Vorschriften des § 236 des Handelsgesetzbuchs über den Betrieb eines Handelsgewerbes und über die Betheiligung an einer anderen Gesellschaft nur in der Beschränkung auf den Handelszweig der Aktiengesellschaft Anwendung.

Entw. II Art. 27; Denkschr. II S. 3287 f.

Die Vorschrift ist in Nr. 9 zu § 236 erläutert.

Art. 28.

Die Vorschrift des § 283 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs über die Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien findet auf eine vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs ertheilte Zusicherung keine Anwendung.

Entw. II Art. 28; Denkschr. II S. 3288; Komm.Ber. S. 3940.

Die Vorschrift ist in Nr. 4 zu § 283 erläutert.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Urville, den 10. Mai 1897.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst zu Hohenlohe.

Digitized by Google

Preußisches Ausführungsgesetz
zum
Handelsgesetzbuche.

Vom 24. September 1899.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen ꝛc. verordnen, unter Zustimmung der beiden Häuser des Landtags Unserer Monarchie, was folgt:

Art. 1.

Für den Erlaß von Bestimmungen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs näher festgesetzt wird, sind der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig. Vor dem Erlasse solcher Bestimmungen sind in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich zu hören.

Das Gleiche gilt von den Bestimmungen, welche nach § 30 Abs. 4 des Handelsgesetzbuchs erlassen werden können.

Art. 2.

Ist auf Grund des bisherigen Landesrechts eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, die nach dem Handelsgesetzbuch unzulässig ist, so kann das Registergericht sie von Amtswegen löschen, soweit nicht das bisherige Recht maßgebend bleibt.

Das Gericht hat den Betheiligten, wenn sein Aufenthalt bekannt ist, von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen.

Auf das weitere Verfahren finden die Vorschriften des § 141 Abs. 3, 4 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 Anwendung.

Die Löschung erfolgt gebührenfrei. Wird jedoch der Widerspruch eines Betheiligten zurückgewiesen, so hat er für die Zurückweisung die für die Löschung bestimmte Gebühr zu entrichten.

Eintragungen, die den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Ehe betreffen, bleiben unberührt.

Art. 3.

Die Gerichte, die Beamten der Staatsanwaltschaft, die Polizei- und Gemeindebehörden sowie die Notare haben von den zu ihrer amtlichen Kenntniß gelangenden Fällen einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung zum Handelsregister oder Genossenschaftsregister dem Registergerichte Mittheilung zu machen.

Digitized by Google

Die Steuerbehörden sind verpflichtet, dem Registergericht über die Anmeldung und die Abmeldung steuerpflichtiger Gewerbe, über das Ergebniß der Veranlagung zur Gewerbesteuer sowie über später eingetretene Veränderungen Auskunft zu ertheilen.

Art. 4.

Eine Aktiengesellschaft sowie eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann aufgelöst werden, wenn sie sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird.

Ueber die Auflösung entscheidet im Verwaltungsstreitverfahren der Bezirksausschuß in erster Instanz. Für die Erhebung der Klage ist der Regierungspräsident zuständig.

Von der Auflösung hat der Regierungspräsident dem Registergerichte Mittheilung zu machen.

Art. 5.

Versicherungsverträge und Verlagsverträge bedürfen, wenn sie Handelsgeschäfte sind, zu ihrer Gültigkeit nicht der schriftlichen Form.

Art. 6.

Zur Bekanntmachung des Verlustes eines Inhaberpapiers nach § 367 des Handelsgesetzbuchs sind die Polizeibehörden auf Antrag des Eigenthümers verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß das Papier dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Die Kosten der Bekanntmachung hat der Antragsteller zu tragen und auf Erfordern vorzuschießen.

Art. 7.

Königlicher Verordnung bleibt vorbehalten:

1. die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, welche sich auf den Aufenthalt des Schiffes im Heimathshafen beziehen, auf alle oder einige Häfen des Reviers des Heimathshafens auszudehnen (Handelsgesetzbuch § 480 Abs. 2);
2. zu bestimmen, daß auf kleineren Fahrzeugen (Küstenfahrern und dergleichen) die Führung eines Tagebuchs nicht erforderlich ist (Handelsgesetzbuch § 521);
3. zu bestimmen, daß die Vorschrift des § 566 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs, soweit sie die Beladung des Verdecks betrifft, auf die Küstenschiffahrt keine Anwendung findet.

Bis zur anderweitigen Regelung durch eine solche Verordnung bleiben

1. die §§ 32, 33, 34 des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen

Digitized by Google

Handelsgesetzbuche für das vormalige Königreich Hannover vom 5. Oktober 1864 (Hannoversche Gesetz-Samml. Abth. I S. 213),

2. die §§ 67, 68 der Verordnung, betreffend die Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in die Herzogthümer Holstein und Schleswig, vom 5. Juli 1867 (Gesetz-Samml. S. 1133),
3. der § 2 des Gesetzes, betreffend die Einführungsbestimmungen zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch für das Jadegebiet, vom 9. März 1870 (Gesetz-Samml. S. 248)

für ihr Geltungsgebiet mit der Maßgabe in Kraft, daß an die Stelle der darin in Bezug genommenen Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs die entsprechenden Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs treten.

Art. 8.

Die nachstehenden Gesetze und Verordnungen sowie die zu ihrer Ergänzung, Ausführung oder Abänderung erlassenen landesrechtlichen Vorschriften werden, soweit sie noch in Geltung sind und nicht schon in Folge Reichsgesetzes außer Kraft treten, unbeschadet der Vorschrift des Artikel 7 Abs. 2 dieses Gesetzes und der Uebergangsvorschriften anderer Gesetze, aufgehoben:

1. das Preußische Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 (Gesetz-Samml. S. 449);
2. das Einführungsgesetz für das Herzogthum Nassau vom 2. Oktober 1861 (Verordnungs-Blatt S. 121);
3. das Einführungsgesetz für das Königreich Bayern vom 10. November 1861 (Gesetzblatt S. 425);
4. das Einführungsgesetz für das Großherzogthum Hessen vom 1. August 1862 (Regierungs-Blatt S. 627);
5. das Einführungsgesetz für die Freie Stadt Frankfurt vom 17. Oktober 1862 (Gesetz- und Statuten-Samml. Bd. 15 S. 113);
6. das Einführungsgesetz für das Landgrafthum Hessen vom 25. August 1863 (Regierungs-Blatt Nr. 7);
7. das Einführungsgesetz für das Königreich Hannover vom 5. Oktober 1864 (Gesetz-Samml. Abth. I S. 213);
8. das Einführungsgesetz für das Kurfürstenthum Hessen vom 3. Mai 1865 (Gesetz-Samml. Bd. 17 S. 55);
9. die Verordnung, betreffend die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften des Preußischen Rechts in das vormalige Königreich Hannover, vom 24. Juni 1867 (Gesetz-Samml. S. 1165);
10. die Verordnung, betreffend die Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in die Herzogthümer Holstein und Schleswig, vom 5. Juli 1867 (Gesetz-Samml. S. 1133);

Digitized by Google

11. die Verordnung, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien in den durch die Gesetze vom 20. September und 24. Dezember 1866 mit der Preußischen Monarchie vereinigten Landestheilen, vom 24. August 1867 (Gesetz-Samml. S. 1645);
12. das Einführungsgesetz für das Herzogthum Lauenburg vom 21. Oktober 1868 (Offiz. Wochenblatt S. 473);
13. das Gesetz, betreffend die Einführungsbestimmungen zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch für das Jadegebiet und die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften in dasselbe, vom 9. März 1870 (Gesetz-Samml. S. 248);
14. der § 1 Nr. IV der Verordnung, betreffend die Einführung Preußischer Landesgesetze in Helgoland, vom 22. März 1891 (Gesetz-Samml. S. 39).

Unberührt bleiben jedoch diejenigen Vorschriften der vorbezeichneten Gesetze und Verordnungen, welche die vor ihrem Erlaß entstandenen Rechtsverhältnisse betreffen.

Art. 9.

Dieses Gesetz tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichen Insiegel.

Gegeben Skabersjö, den 24. September 1899.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst zu Hohenlohe u. s. w.

Digitized by Google

Sachregister.

[Die Zahlen bezeichnen die Seiten, die hinter der Nummer befindlichen Zahlen deuten auf die am äußern Rande der Seiten angegebene Nummer hin.]

A.

Abänderung der Vorschriften des § 400 Absatz 2 bis 5 und des § 401 durch Vertrag zum Nachtheile des Kommittenten nicht statthaft 264.

Abandonsystem 328 Nr. 4, 351 1.

Abhandenkommen indossabler Papiere 74, — von Inhaberpapieren, Bekanntmachung in dem Reichsanzeiger 80, — von Aktien vor Inkrafttreten des H.G.B. 417.

Abladen des Eisenbahnfrachtgutes durch den Empfänger 382.

Ablehnung der Leistungsannahme 123 Nr. 32.

Ablieferung der Waare bei Mängeln derselben 156 Nr. 23 ff., — des Speditionsgutes 287 Nr. 3, 288 Nr. 4, — des Spedition sgutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verspätung derselben 286, — des Lagergutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen Verspätung derselben 301, — Art der A. im Frachtbrief 313, 316 Nr. 11, — des Frachtgutes, Vereinbarungen über Entschädigung wegen Verspätung derselben im Frachtbrief 314, 316 Nr. 15, — des Frachtgutes, Verjährung der Ansprüche wegen Verspätung derselben 353 f., — des Frachtgutes, Haftung des Frachtführers von der Annahme an bis zur Ablieferung 322, 324, — des Frachtgutes, Einziehung der Forderung seiner Vormänner durch den letzten Frachtführer dabei 357 f., — des Frachtgutes, Rückgabe des Ladescheins 366, — Ort der Ablieferung im Ladeschein 363.

Ablieferungshindernisse beim Frachtvertrage 346, 347 Nr. 5.

Ablieferungsort, Aushändigung des Frachtgutes muß am A. erfolgen 337, — Ankunft des Frachtgutes am A. 366, — im Eisenbahnfrachtverkehr, der nicht an der Eisenbahn liegt 396.

Abnahme des Kommissionsguts, Verweigerung durch den Kommittenten 225 Nr. 1.

Abschluß von Handelsgeschäften 61 ff., — des Kommissionsvertrages 202 Nr. 12, — der Verträge mit den Frachtführern und Verfrachtern von Seeschiffen durch den Spediteur 269 Nr. 6, 274 Nr. 6, — des Speditionsvertrages 270 Nr. 13.

Abschrift des Ladescheins, Aushändigung einer solchen an den Frachtführer durch den Absender 363.

Absender, Unterschrift des A. im Frachtbrief 314, 316 Nr. 16, — Haftung für Vollständigkeit und Richtigkeit des Frachtbriefes 314, 317 Nr. 17, — Anweisung des Frachtführers durch den A., das Gut anzuhalten, zurückzugeben ꝛc. 335, — des Frachtgutes, Benachrichtigung von dem Annahmeverzug des Empfängers 346, 348 Nr. 7, — Namen des A. im Ladeschein 363.

Abstempelung des Frachtbriefes der Eisenbahnen 375 Nr. 3.

Abstrakte Schuldversprechen der Vollkaufleute 31 Nr. 5, — Anerkennungsverträge der Vollkaufleute 32 Nr. 6, — Schuldversprechen eines Minderkaufmanns 33 Nr. 4, — Schuldanerkenntniß eines Minderkaufmanns 33 Nr. 5, — Schadensberechnung 122, Nr. 29, 129 Nr. 52.

Abtretung der Rechte, die dem Einkaufskommissionär gegen den dritten Verkäufer zustehen 228, 230 Nr. 7, — der Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, an den Kommittenten 231 ff.

Abweichung des Kommissionärs von der Preisbestimmung 219 ff., 220 Nr. 5.

Accepte auf kaufmännischen Anweisungen 32 Nr. 7.

Accessorische Handelsgeschäfte 9 Nr. 3, — Rechtsvermuthung für die Eigenschaft von Geschäften als a. H. 13 Nr. 1.

Adressat beim Speditionsvertrag 271 Nr. 15.

Digitized by Google

Agent, Delkrederehaftung 29 Nr. 2.
Anatocismus, Verbot desselben 34 Nr. 5.
Androhung der Versteigerung bei Annahmeverzug des Käufers 98 ff., 102 Nr. 18, 103 Nr. 19—20.
Anerkennung des Saldos 49 Nr. 26.
Angebot der Leistung bei gegenseitigen Verträgen 116 Nr. 9.
Anhalten des Frachtgutes auf Anweisung des Absenders 335, 366.
Ankauf eines Wechsels durch den Kommissionär, Indossirung durch diesen 241 ff.
Ankunft des Frachtgutes am Ablieferungsort 340, 342 Nr. 3, 366.
Annahme, Vorbehaltlose A. der Leistung als Verzicht auf die Vertragsstrafe 27 Nr. 6, — nachträgliche vorbehaltlose A. ist Verzicht auf den Schadensersatzanspruch 122 Nr. 29, — des Frachtgutes, Haftung des Frachtführers von derselben an bis zur Ablieferung 322, 323 Nr. 6, — des Frachtgutes, Verweigerung derselben 346, — des Gutes und des Frachtbriefes durch den Empfänger, Verpflichtungen desselben daraus 344.
Annahmeverzug des Käufers 98 ff., 108, des Kommittenten 225 Nr. 2, — des Empfängers des Frachtgutes 346, 347 Nr. 5.
Anspruch des Kommittenten auf einen den Preisunterschied übersteigenden Schaden 219, — des Einkaufskommittenten auf Abtretung des Rechts, die dem Einkaufskommissionär gegen Dritte zustehen, trotz Mängel des Gutes 228, 230 Nr. 7, — des Spediteurs auf Provision 277 Nr. 1, — des Spediteurs auf die gewöhnliche Fracht bei Selbsteintritt 282. 283 Nr. 6, — gegen den Spediteur, Verjährung 286, — des Spediteurs gegen den Empfänger 289 Nr. 14, — gegen den Frachtführer wegen Verlustes, Minderung ꝛc. des Frachtgutes, Verjährung 353 f., — gegen den Lagerhalter wegen Verlust, Minderung ꝛc. des Lagergutes, Verjährung derselben 301.
Antrittsfrist beim Frachtvertrag 320 Nr. 1.
Anweisungen, kaufmännische A., die durch Indossament übertragen werden können 66 ff., — des Versenders, Befolgung derselben durch den Spediteur 276 Nr. 10, — des Einlagerers, Befolgung durch den Lagerhalter 293 Nr. 4, — des Absenders an den Frachtführer 335, — des Absenders bei Annahmeverzug des Empfängers 346, 347 Nr. 8, — des Absenders über Anhalten des Gutes ꝛc. 366, — des Verfügenden im Eisenbahnfrachtverkehr 377, 378 Nr. 5.
Anwendung der Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Theile, wenn das Geschäft für einen der beiden Theile Handelsgeschäft ist 16 f., — der Vorschriften der §§ 397, 398 auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt 265, — der Vorschriften über das Kommissionsgeschäft auch dann, wenn der Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer Art als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines Andern im eigenen Namen zu schließen übernimmt 267, — der Vorschriften über das Speditionsgeschäft auf den Kaufmann, der ohne Spediteur zu sein, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Andern in eigenem Namen unternimmt 290, — der Vorschriften über die Frachtgeschäfte auf die Frachtgeschäfte der Eisenbahnen 374.
Antwort auf den Antrag über die Besorgung der Geschäfte Anderer 64.
Anzeige des Gläubigers sofort nach dem Ablauf der Zeit oder der Frist beim Fixgeschäft, daß er auf Erfüllung bestehe 140 Nr. 88 f., — von Mängeln der Sache nach Ablieferung durch den Verkäufer 149, — von der Ausführung des Geschäfts durch den Kommissionär 219, — von Mängeln des Kommissionsgutes durch den Kommittenten, wenn die ertheilte Einkaufskommission beiderseitiges Handelsgeschäft ist 228, 229 Nr. 6, — des Kommissionärs von der Ausführung der Kommission ohne Bemerkung betr. seines Selbsteintritts 266, — von der Ausführung der Spedition 275 Nr. 6, — an den Spediteur von Verlust, Minderung ꝛc. des Speditionsguts, Aufrechnung der Ansprüche gegen den Spediteur nach Vollendung der Verjährung nur dann, wenn die A. erfolgt 286, — des Lagerhalters von dem gänzlichen Verluste des Lagergutes, Beginn der Verjährung 301.
Anzeigepflicht des Käufers von Mängeln der Kaufsache 163 ff., — des Kommissionärs von der Ausführung der Kommission 205, 209 Nr. 11, — des Lagerhalters von der Gefahr der Entwerthung des Lagergutes 292.
Aequivalent, Präzision des Ae. der zu leistenden Dienste nach Handelsgebräuchen und -Gewohnheiten 20 Nr. 10.
Arbitrageverfahren 167 Nr. 65.

Digitized by Google

Arglist des Gegners des Beweispflichtigen 8 Nr. 23, — des Verkäufers betr. Mängel der Sache 149.
Arglistiges Verschweigen der Mängel der Kaufsache 155 Nr. 20, 169 Nr. 73.
Aerzte, Engagirung von Ae. durch Kaufleute als solche 14 Nr. 3.
Aufbewahrung von Gütern, Lagergeld dafür 37, — der beanstandeten Waare durch den Käufer 176 ff., — des beanstandeten Kommissionsgutes durch den Kommittenten, wenn die ertheilte Einkaufskommission beiderseitiges Handelsgeschäft ist 228 ff., — des Speditionsgutes, Anwendung der Vorschriften des Kommissionsgeschäftes hierauf 268, 275 Nr. 8, — von Gütern durch den Lagerhalter 291 f., — A. des Depots 307 Nr. 7.
Aufgebot vernichteter oder abhanden gekommener indossabler Papiere 74.
Aufhebung von Gesetzen 410, — von Gesetzen und Verordnungen ꝛc. durch das Preußische Ausführungsgesetz zum H.G.B. 421.
Aufladen des Eisenbahnfrachtgutes durch den Absender 382.
Auflösung des Kommissionsvertrages 202 Nr. 14, — des Speditionsvertrages 270 Nr. 13, — einer Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien 420.
Aufrechnung und Kontokurrent 51 f., — der Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlust, Minderung, Beschädigung und verspäteter Ablieferung nach Vollendung der Verjährung 286, 288 Nr. 12.
Aufwendungen des Kommissionärs, Ersatz derselben 243, — des Kommissionärs, Ersatz derselben bei Selbsteintritt 265, — des Spediteurs 278 Nr. 4, — des Lagerhalters auf das Gut, Erstattung derselben 297.
Ausdrücke, Auslegung der A. nach den Handelsgewohnheiten und -Gebräuchen 20 Nr. 8.
Ausfallsprobe 162 Nr. 49, 166 Nr. 60, 168 Nr. 68.
Ausfallsbürgschaft 30 Nr. 8.
Ausführung des Geschäftes, Provision des Kommissionärs nach derselben 243 ff., — der Kommission durch Selbsteintritt des Kommissionärs, Berechnung des günstigeren Preises 262, — der Versendung durch den Spediteur 273 Nr. 3, — der Spedition, Anzeige von derselben 275 Nr. 6.
Ausführungsanzeige betreffs der Kommission 266, — des Kommissionärs bei Selbsteintritt desselben 253.
„Ausgenommen ist", Beweislast bei diesem Ausnahmefall 2 Nr. 3.
Aushändigung des Frachtgutes an den Empfänger muß am Ablieferungsort erfolgen 337 Nr. 10, — einer Abschrift des Ladescheins durch den Absender an den Frachtführer 363.
Auskunftspflicht des Kommissionärs 210 Nr. 12.
Auslagen, Zinsen dafür 38, — Pfandrecht des Spediteurs wegen der A. 278, — des Lagerhalters für Fracht und Zölle, Erstattung derselben 297, — des Frachtführers, Pfandrecht wegen derselben 354 ff.
Auslegungsregeln, Verschiebung der Beweislast durch A. 5 Nr. 12.
Auslieferung des Frachtgutes an einen andern Empfänger auf Anweisung des Absenders 335, — des Frachtgutes an den Empfänger vor Ankunft am Ablieferungsort 338, — des Frachtgutes, Ladeschein des Frachtführers über die Verpflichtung hierzu 362 f., — des Frachtgutes an einen andern als den im Ladeschein bezeichneten Empfänger 366.
Auslieferungsprovision des Kommissionärs bei Nichtausführung des Geschäfts 243.
Auslieferungsscheine 305 Nr. 17.
Ausnahmetarife der Eisenbahnen 388 f.
Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts beim Handelskauf 85, 90 Nr. 14.
Außerkurssetzung einer auf den Inhaber lautenden Aktie vor dem Inkrafttreten des H.G.B. 417.
Aussonderungsrecht des Kommittenten bei Konkurs des Kommissionärs 233 Nr. 7.
Ausstellung des Frachtbriefes 213.
Austrocknung von Eisenbahnfrachtgut 383.
Ausübung des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs 258 Nr. 11 ff., — des Spediteurs 282 Nr. 3.
Aversionalfracht 284 Nr. 3, 4.

B.

Baare Auslagen des Lagerhalters, sofortige Erstattung derselben 297, 298 Nr. 4.
Backprobe 160 Nr. 39.
Bankier, Veräußerung gestohlener, verlorener und abhanden gekommener Inhaberpapiere an einen B. 80 ff.
Banknoten 80.
Bankverwahrungsgeschäft 306 ff.
Bankverwahrungsvertrag, regelmäßiger (Sonderdepot) 306 Nr. 3 ff.
Bauunternehmer, Vertrag mit den Handwerkern 11 Nr. 9.
Beamte 420.

Digitized by Google

Beanstandung des Kommissionsgutes, wenn die ertheilte Einkaufskommission beiderseitiges Handelsgeschäft ist 228, 230 Nr. 8.
Bearbeitung der Waare bei Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
Beendigung des Kontokurrentvertrages 54 Nr. 34.
Beförderung des Gutes durch den Spediteur selbst 281, — des Frachtgutes, binnen welcher Zeit dieselbe zu geschehen hat 319, — von Gütern zu Lande und auf Binnengewässern 310 Nr. 4, 6, 312, — von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen 369.
Beförderungsbedingungen im Eisenbahnfrachtverkehr 371, 372 Nr. 8.
Beförderungskosten, Einigung des Versenders mit dem Spediteur über einen bestimmten Satz der B. 283.
Beförderungsmittel des Kommissionärs, Ersatz für Benutzung derselben 243, — der Prüfung der B., Tauglichkeit durch den Spediteur 274 Nr. 6, — Vergütung für gewährte B. beim Speditionsvertrag 278 Nr. 4.
Beförderungsscheine 317 Nr. 18, — im Eisenbahnfrachtverkehr 376 Nr. 10, 390, 394.
Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande 92 ff., — des Kommissionärs aus Forderungen, die durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft gegründet sind 252, — des Kommissionärs aus seinem Pfandrecht am Kommissionsgut 251 Nr. 1, — s. a. Pfandrecht.
Beginn der Verjährung der Ansprüche wegen Beschädigung oder Minderung des Speditionsgutes ꝛc. 286, — der Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter 301.
Begleiter im Eisenbahnfrachtverkehr 383.
Begleitpapiere, Bezeichnung der für eine zoll- oder steueramtliche Behandlung oder polizeiliche Prüfung nöthigen B. im Frachtbrief 313, 316 Nr. 13, — Verpflichtung des Absenders, dem Frachtführer die B. zu übergeben, die zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- und Polizeivorschriften vor Ablieferung an den Empfänger erforderlich sind 317 ff.
Beiderseitige Handelsgeschäfte 9 Nr. 4, — Rücksicht bei b. H. auf Handelsgebräuche und -Gewohnheiten 17, — Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen und Werthpapieren in b. H. 85.
Beiderseitige Fixgeschäfte 138 Nr. 84.
Bekanntmachung über Verlust, Diebstahl, Abhandenkommen von Inhaberpapieren im Reichsanzeiger 80 ff., 420.
Belastung einer Sache mit dem Recht eines Dritten, Veräußerung durch den Nichteigenthümer 75 ff.
Benachrichtigung des Käufers bei Annahmeverzug von dem vollzogenen Verkauf 106 Nr. 32, — von der vollzogenen Veräußerung oder Versteigerung der nicht rechtzeitig gelieferten Waaren 114, — des Kommittenten 205, — des Versenders durch den Spediteur 276 Nr. 12.
Berechnung des Preises bei Selbsteintritt des Kommissionärs 260 Nr. 22, 26, 261 Nr. 27, — der Fracht durch den Spediteur für den Versender 273.
Bergwerksbesitzer, Vertrag mit den Bergleuten 11 Nr. 9.
Bergwerksgesellschaften 400.
Berichtigung des Saldos 55 Nr. 38.
Beschädigung des Kommissionsgutes bei Empfang durch den Kommissionär 222, — des in der Verwahrung des Kommissionärs befindlichen Gutes 225 ff., — des Speditionsgutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur deswegen 286, 287 Nr. 3, 288 Nr. 6, des Lagergutes 292 Nr. 1, — Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen derselben 301, — des Frachtgutes, Haftung des Frachtführers dafür 322, 323 Nr. 6, 327, 328 Nr. 4, — des Frachtgutes, Feststellung derselben vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige 349, — Verjährung der Ansprüche daraus 353 f., — des Eisenbahnfrachtgutes 177, 380, 381, Nr. 2, 388 ff., 392, — von Reisegepäck 392 f.
Beschaffenheit, Bezeichnung des Gutes nach B. ꝛc. im Frachtbrief 313, 316 Nr. 12, — im Ladeschein 363.
Beschränkung der Untersuchungspflicht des Käufers durch Vertrag 161 Nr. 45, — der Anzeigepflicht des Käufers von Mängeln der Sache 167 Nr. 62.
Besichtigung der Waare bei Untersuchung derselben auf Mängel 160 Nr. 39, 41, — des lagernden Gutes 293.
Besitzübergang bei Selbsteintritt des Kommissionärs 260 Nr. 23.
Besorgung von Geschäften eines Andern in Ausübung des eigenen Handelsgewerbes, Provision dafür 37 ff., — von Güterversendungen durch Frachtführer ꝛc. für Rechnung eines Andern im eigenen Namen 266, 267 Nr. 3.
Bestimmung über die Fracht im Frachtbrief 313, 316 Nr. 14, — im Ladeschein 363.
Bevollmächtigter, Anzeige von Mängeln der Kaufsache durch den B. und an den B. 163 Nr. 51.

Digitized by Google

Bewegliche Sachen, kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an b. S. 87 Nr. 7, — Herstellung nicht vertretbarer b. S. aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe 185.
Beweis, Sicherung des B. bei Zusendung verdorbenen oder beschädigten Guts an den Kommissionär 222.
Beweisaufnahme, siehe gerichtliche B.
Beweislast, Vertheilung der B. 2 ff., — betreffs der Anwendung der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" 23 Nr. 9, — betreffs der Vertragsstrafe 27 Nr. 7, — betreffs der Bösgläubigkeit des Erwerbers einer dem Kaufmann nicht gehörigen beweglichen Sache 79 Nr. 12, — betreffs des Verzuges 121 Nr. 26, — über Mängel der Kaufsache 170 Nr. 79, — beim Kauf nach Probe 190 f.
Beweispflicht betr. Ablieferung der Waare 158 Nr. 28, — betr. Rechtzeitigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Anzeige von Mängeln der Sache 164 Nr. 54.
Bezahlung der Fracht und der sonst auf dem Gut haftenden Forderungen, Folgen davon 349, 351 Nr. 3.
Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen im Frachtbrief 313, 316 Nr. 12, — im Ladeschein 363.
Bezirksausschuß, Entscheidung über die Auflösung einer Aktiengesellschaft 420.
Bier, Lieferungsverträge über B. zwischen Brauer und Wirth 414.
Bierabnahmeverträge 135 Nr. 75.
Binnenfrachtgeschäft 309 ff.
Binnenschiffer, Frachtgeschäfte derselben 309 Nr. 1.
Bodmereibriefe, die durch Indossament übertragen werden können 67 ff.
Börsengeschäfte, Berücksichtigung der Handelsgewohnheiten und -Gebräuche bei B. 20 Nr. 13.
Börsenpreis als Kaufpreis 182 Nr. 3.
Börsenterminegeschäfte 143 ff.
Börsen- und Marktpreis 113 ff., — freihändiger Verkauf zum B. u. M. bei Annahmeverzug des Käufers 98, — bei der abstrakten Schadensberechnung 129 Nr. 53, — Verkauf des dem Verderb ausgesetzten Kommissionsguts zu dem B. u. M. 224 Nr. 11, — Einkauf und Verkauf von Waaren und Werthpapieren zu dem B. u. M. durch den Kommissionär, Selbsteintritt 253.
Brauereiverträge, landesgesetzliche Vorschriften 414.
Briefporto 278 Nr. 4.
Bruch des Eisenbahnfrachtgutes 383.
Buchauszug bei der Saldoziehung 49 Nr. 25.
Bürge, Einreden des kaufmännischen B. 30 Nr. 8, — Ausschluß der Sicherheitsleistung durch B. zum Abwenden des Zurückbehaltungsrechts 86.
Bürgerliches Gesetzbuch, Anwendung des B.G.B. in Handelssachen 406.
Bürgschaft in Handelsgeschäften 28 ff., — — Form derselben 30 ff., — durch einen Minderkaufmann 33 Nr. 2, — Aufnahme von Forderungen, die durch B. gesichert sind, in die laufende Rechnung 41.

C.

Checks, landesgesetzliche Vorschriften über Ch. 414.
Cichoriensamen, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
constitutum possessorium 234 Nr. 9, 10.

D.

Darlehen, Zinsen dafür 38, — Pfandrecht des Kommissionärs wegen der auf das Gut gegebenen D. 247.
Dauer des Kontokurrentvertrages 45 Nr. 15, — der Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur 286, 288 Nr. 8, — des Pfandrechts des Kommissionärs 250 Nr. 14, — des Pfandrechts des Frachtführers 354, 355 Nr. 5, — der Haftung der Eisenbahn 380 Nr. 8.
Deckung des Preisunterschiedes durch den Kommissionär 219.
Deckungskauf 122 Nr. 29, 132 Nr. 63 ff., — beim Fixgeschäft 142 Nr. 92.
Deckungsrechte des Kommissionärs 247 Nr. 1 ff.
Deckungsverkauf 129 Nr. 55 ff., 130 Nr. 58 ff., — beim Fixgeschäft 141 Nr. 92.
Deliktshaftung bei Ertheilung von Rath und Empfehlung 24 Nr. 13.
Delkredere des Kommissionärs hindert dessen Selbsteintritt nicht 257 Nr. 6.
Delkrederehaftung des Kommissionärs und Agenten 29 Nr. 2.
Delkredereprovision des Kommissionärs 239, 241 Nr. 8 ff.
Delkrederestehen des Kommissionärs 239.
depositum regulare und irregulare 294 Nr. 1.
Depotnummerbuch 307 Nr. 8.
Diebstahl von Inhaberpapieren, Bekanntmachung in dem Reichsanzeiger 80 ff.
Dienste, Präzision von zu leistenden D. nach Art und Umfang nach den Handelsgewohnheiten und -Gebräuchen 20 Nr. 10.
Dienstmann 313.
„Dies gilt nicht", Beweislast bei diesem Ausnahmefall 2 Nr. 3.
Differenzgeschäfte 145 Nr. 106 ff., — können Handelsgeschäfte sein 12 Nr. 11.
Diskont in Handelsgeschäften 184 Nr. 11.

Digitized by Google

Distanzfracht 320 Nr. 4, 321 Nr. 10.
Distanzgeschäft, Aufbewahrungspflicht des Käufers bei Beanstandung von Waaren beim D. 176 ff., — Zahlung des Kaufpreises im D. 117 Nr. 10.
Distanzkauf 151 Nr. 7, — Begriffsbestimmung 177 Nr. 7 ff.
Dritte, Haftung des Rathgebers Dritten gegenüber 25 Nr. 19, — Zurückbehaltungsrecht D. gegenüber beim Handelskauf 85, — von dem Dr. an den Kommissionär in Ausführung des Ausrichtungsgeschäfts gegebene körperliche Sachen und Werthpapiere 234 Nr. 9.
Droschkenkutscher, der eine Person mit Gepäck befördert 313.
Droschkenunternehmungen 313.
Duplikat des Frachtbriefes beim Eisenbahnfrachtgeschäft 374.

E.

Effektenverwahrungsdepot 306 Nr. 2.
Ehegatte, der Kaufmann ist; die nach B.G.B. mit Eintragung in das Güterrechtsregister verbundenen Wirkungen, Einfluß auf die Rechtsverhältnisse des Handelsgewerbes 408.
Eigenthum des Kommissionärs am Kommissionsgut, Befriedigung seiner Ansprüche aus dem Gute 251 f., — Hinterlegung der Art, daß das Eigenthum der Sache auf den Lagerhalter übergehen soll 294.
Eigenthumsübergang bei Selbsteintritt des Kommissionärs 260 Nr. 23.
Einengung der Haftung des Spediteurs 277 Nr. 15, — des Frachtführers 326 Nr. 10.
Einigung des Spediteurs mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten 283.
Einkaufskommission, die beiderseitiges Handelsgeschäft, Verpflichtung des Kommittenten zur Untersuchung der Waare 2c. 228 ff.
Einkaufskommissionär 204 Nr. 2, — Eintritt als Verkäufer 265 Nr. 2.
Einlagerer, Befolgung der Anweisungen des E. durch den Lagerhalter 293 Nr. 4.
Einrede des nicht erfüllten Vertrages 8 Nr. 24, 116 Nr. 7, — des kaufmännischen Bürgen 30 Nr. 8.
Einseitige Handelsgeschäfte 9 Nr. 4, — Anwendung der Vorschriften über Handelsgeschäfte auf beide Theile bei e. H. 16 f., — Fixgeschäfte 138 Nr. 84.
Einstehen des Kommissionärs für Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten 239.
Einstellung, Zurückbehaltungsrecht im Falle der E. der Zahlung seitens des Schuldners 92.
Einwendungen gegen indossirte Papiere 70 ff.
Einziehung einer Forderung durch den Kommissionär, Abzug des ihm Zustehenden 253 Nr. 3, — der Forderungen seiner Vormänner durch den letzten Frachtführer bei der Ablieferung 357 f.
Eisenbahnen, Beförderung von Gütern und Personen auf den E. 369 ff., — Begriffsbestimmung derselben 371 Nr. 7 f.
Eisenbahnfrachtrecht 369 ff.
Eisenbahngepäckträger 382.
Eisenbahnverkehrsordnung 372, 374, 390, 394, 401, 402, 404.
Empfang, Legitimation zum E. des Frachtgutes laut Ladeschein 366, — des Frachtgutes, Bescheinigung desselben in einem Duplikat des Frachtbriefes durch die Eisenbahn 374.
Empfänger beim Speditionsvertrag 271 Nr. 15, — Namen des E. im Frachtbrief 313, 316 Nr. 10, — Auslieferung des Frachtgutes an einen anderen als den im Frachtbrief bezeichneten E. 335, — des Frachtgutes, Rechte desselben 340 ff., — Zahlungspflicht des E. nach Annahme des Gutes und des Frachtbriefes 344, 345 Nr. 5, — des Frachtgutes, Benachrichtigung des Absenders, wenn derselbe nicht zu ermitteln ist oder die Annahme verweigert 346 ff., — Androhung von dem Verkauf des Frachtgutes ist an den E. zu richten 354, — Namen des E. im Ladeschein 363.
Empfangnahme der Waare, Verpflichtung des Käufers dazu 195 Nr. 36, — des Speditionsgutes, Anwendung der Vorschriften des Kommissionsgeschäftes hierauf 268, 275 Nr. 8, — des Gutes durch den Lagerhalter 292.
Empfangsbescheinigungen des Lagerhalters 305 Nr. 17, — des Frachtführers 317 Nr. 18.
Empfehlung, Ertheilung einer E. 23 ff.
Entfernungen, Berechnung bei Handelsgeschäften 61.
Entgeltlichkeit ist nicht Merkmal des Handelsgeschäfts 12 Nr. 11, — des Lagergeschäfts 291 Nr. 2.
Entnahme von Proben durch den Einlagerer 293.
Entschädigung des Frachtführers bei Rücktritt des Absenders vom Vertrage 320.
Erbschaftskauf kann Handelsgeschäft sein 13 Nr. 2.
Erfüllung neben der Vertragsstrafe 27 Nr. 5, — von Handelsgeschäften 56 ff.,

Digitized by Google

— wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der Frist erfolgt 113 ff., — Anspruch des Gläubigers auf E. bei Nichteinhaltung des Termins oder der Frist beim Fixgeschäft 140 Nr. 88, — der Verbindlichkeit des Dritten, Einstehen des Kommissionärs dafür 239, — der aus dem Frachtvertrag sich ergebenden Verpflichtungen 343 Nr. 8.

Erfüllungsort bei Handelsgeschäften 56 Nr. 1 ff., — bei einseitigen Handelsgeschäften 17 Nr. 2, — für den kaufmännischen Bürgen 29 Nr. 6, — bei Selbsteintritt des Kommissionärs 260 Nr. 21, — beim Speditionsvertrag 270 Nr. 13, — des Frachtvertrages 312 Nr. 13.

Erhaltung des lagernden Gutes 293.

Erklärung des Kommissionärs über Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt 258 Nr. 11 ff., — über die Ausübung des Selbsteintrittsrechts des Spediteurs 282 Nr. 3.

Erlöschen der Zinsverpflichtung 35 Nr. 7, — des Vertragsantrags 62, — der Ansprüche gegen den Frachtführer nach Zahlung der Fracht 2c. 349.

Ersatz der Aufwendungen des Kommissionärs 243, — des Spediteurs 278 Nr. 4.

Erstattung der Auslagen des Lagerhalters für Fracht und Zölle 2c. 297.

Erster Kurs, Kommission, die zum e. K. ausgeführt werden soll 253.

Erweiterung der Haftung des Spediteurs 277 Nr. 15, — des Frachtführers 326 Nr. 10.

Erwerb des Vorzugspfandrechts 80 Nr. 20.

„Es sei denn daß" Beweislast bei diesem Ausnahmefall 3 Nr. 4.

Exportkommissionäre 205 Nr. 3.

Expreßgut 375 Nr. 2.

Extraditionsscheine 305 Nr. 17.

F.

Fabrikant, Vertrag mit den Arbeitern 11 Nr. 9.

Fahrlässigkeit, Haftung der Parteien für F. beim Handelskauf 120 Nr. 22.

Fälligkeit der Forderung, Zinsen vom Tage der F. 36 f., — der Forderung als Voraussetzung der Geltendmachung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts 85 ff., 92, — der Leistung 115 Nr. 6.

Fälligkeitstag der Lagerkosten 297, 298 Nr. 4.

Fernsprecher, Vertragsantrag durch den F. 62.

Feststellung der Beschädigung und Minderung des Frachtguts vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige 349.

Firma, Zeichnung eines Schuldscheins mit der F. macht das Geschäft zum Handelsgeschäft 15 Nr. 11, — der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien beim Inkrafttreten des H.G.B. 415, — die beim Inkrafttreten des H.G.B. im Handelsregister eingetragen ist 415.

Fixgeschäft 187 Nr. 7, — Folgen nicht rechtzeitiger Leistung beim F. 135 Nr. 77 ff.

Flüsse, Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Fl. oder sonstigen Binnengewässern 312.

Forderungen, Aufnahme von F., die durch Pfand, Bürgschaft 2c. gesichert sind, in die laufende Rechnung 41, — aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, Geltendmachung durch den Kommittenten 231 ff., — aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften, Pfandrecht des Gläubigers deswegen 247, — die durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind, Befriedigung des Kommissionärs aus ihnen 252, — Einziehung der F. seiner Vormänner durch den letzten Frachtführer bei der Ablieferung 357 f.

Form, Beweislast über die Einhaltung der vom Gesetz oder Vertrag erforderten F. 6 Nr. 14, — der Bürgschaft, des Schuldversprechens, Schuldanerkenntnisses 30 ff., — der Eingehung des Kontokurrentvertrages 44 Nr. 12, — der Saldoziehung beim Kontokurrent 49 Nr. 23, — der Anerkennung des Saldos beim Kontokurrent 50 Nr. 27, — des Indossaments 73, — Bestimmung der F. einer verkauften beweglichen Sache 108, — der Anzeige von Mängeln der Kaufsache 164 Nr. 52.

Fracht, Pfandrecht des Spediteurs wegen der F. 278, — Anspruch des Spediteurs auf die gewöhnliche F. bei Selbsteintritt 282, 283 Nr. 6, — Erstattung der Auslagen des Lagerhalters für F. und Zölle 2c. 297, — Bestimmung über die F. im Ladeschein 363.

Frachtbrief, Ausstellung desselben 313, — Zahlungspflicht des Empfängers nach Annahme des Frachtgutes und des F. 344.

Frachtbriefduplikat der Eisenbahnen 374.

Frachtführer, Begriffsbestimmung 312, — Ladescheine des F., die durch Indossament übertragen werden können 67 ff.,

Digitized by Google

— gesetzliches Pfandrecht des F. 75, 83, — Entgegennahme von Reklamationen durch F. 163 Nr. 51, — Wahrung der Rechte des F. bei Zusendung von beschädigtem ꝛc. Gut durch den Kommissionär 222, 223 Nr. 4, — Güterversendung durch F. für Rechnung eines Anderen im eigenen Namen 268, — beim Speditionsvertrag 272 Nr. 16, — Wahl der F. durch den Spediteur 273, 274 Nr. 5, — Uebergang der Forderung auf das Pfandrecht des F. an den Zwischenspediteur bei Befriedigung durch diesen 279, — Haftung des F. 327 f., — für Verschulden seiner Leute 330, — Name und Wohnort des F. im Ladeschein 363.

Frachtgelder, Pfandrecht des Frachtführers wegen der F. 354 f.

Frachtgeschäft, bezüglicher Abschnitt 309 ff., — Begriffsbestimmung 310 Nr. 4 ff.

Frachtgut, Bezeichnung des F. nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen im Frachtbrief 313, 316 Nr. 12, — im Ladeschein 363, — Zahlungspflicht des Empfängers nach Annahme des F. und des Frachtbriefes 344, — Ankunft am Ablieferungsort 366.

Frachtvertrag, Versendung des Speditionsgutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines von dem Spediteur für seine Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen F. 283, — von dem Spediteur für eigene Rechnung über eine Sammelladung geschlossener F., Versendung der Güter verschiedener Versender auf Grund eines solchen 285 Nr. 9.

Frankatur, Vermerk auf dem Frachtbrief 313, 316 Nr. 14.

Freihändiger Verkauf der Waaren bei Annahmeverzug des Käufers 98, 103 Nr. 24 ff., — des dem Verderb ausgesetzten Kommissionsguts 224 Nr. 11.

Frist von acht Tagen für die Leistung, Berechnung 59 Nr. 2, — zur Annahme eines Vertragsantrags 62, — für den Verkauf eines Pfandes in beiderseitigen Handelsgeschäften 83, — für den Verkauf des zurückbehaltenen Gegenstandes 93, — Leistung innerhalb festbestimmter Frist 113 ff., — zur Leistung bei Verzug 123 Nr. 33 f., — Festsetzung einer bestimmten Frist zur Leistung beim Fixgeschäft 137 Nr. 83, — zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung beim Spezifikationskauf 111 Nr. 13.

Fußboten 313.

G.

Gasthofsbesitzer, die im Hotelomnibus das Gepäck des Reisenden befördern 313.

Gattungskauf 109 Nr. 3.

Gattungsschulden beim Handelskauf 60.

Gefahr bei Uebermittelung von Geld an den Gläubiger 57, — bei Annahmeverzug des Käufers 98, — Uebergang der G. der gekauften Sache 195 Nr. 28, — der Entwerthung des lagernden Gutes 292.

Gefahrsübergang bei Selbsteintritt des Kommissionärs 260 Nr. 23.

Gegenleistung, Abhängigkeit der Leistung von der G. bei gegenseitigen Verträgen 116 Nr. 8, 9.

Gegenstand des Kontokurrentvertrages 44 Nr. 13 f., — des Selbsthülfeverkaufs 105 Nr. 28.

Geld, Gefahr und Kosten für Uebermittelung von G. an den Gläubiger 57, — kaufmännische Anweisungen über Leistung von G., die durch Indossament übertragen werden können 66 ff., — vom dritten Käufer an den Kommissionär gezahltes G., Eigenthum des letzteren daran 234 Nr. 9, — Vorschuß von G. an den Kommissionär zum Einkauf oder zur Bezahlung von Fracht ꝛc. 234 Nr. 8, — Haftung des Frachtführers für Verlust ꝛc. von G. 322, 326 Nr. 9, — Haftung der Eisenbahn für Verlust von G. 380 Nr. 9, 390.

Geldwechsler, Veräußerung gestohlener, verlorener oder abhanden gekommener Inhaberpapiere an G. 80 ff.

Geltendmachung von Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, durch den Kommittenten 231 ff.

Gemeindebehörde 419.

Gemeinwohl, Gefährdung durch Aktiengesellschaften ꝛc. 420.

Gepäck, Aufgabe des G. 311 Nr. 10.

Gepäckscheine 313, 317 Nr. 18, 376 Nr. 10, 390, 394.

Gericht 419.

Gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises wegen Verlust, Beschädigung ꝛc. von Speditionsgut 286.

Gerichtliche Geltendmachung des Pfandrechts des Frachtführers nach der Ablieferung 354.

Gesammtschuldhaftung eines Dritten für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung 41.

Geschäftsbesorgung für Andere in Ausübung des Handelsgewerbes, Provision dafür ꝛc. 37 ff.

Digitized by Google

Geschäftsforderungen, kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht wegen G. 86 Nr. 3, 4.
Geschäftsunfähigkeit nach dem Vertragsantrag 63, — des Kommittenten 203 Nr. 17.
Gesetzliche Zinsen bei beiderseitigen Handelsgeschäften 33 ff.
Gesetzliches Pfandrecht des Kommissionärs 80 Nr. 21, 83, 247 ff., — des Spediteurs 80 Nr. 21, 83, — siehe auch Pfandrecht.
Geständniß, qualifizirtes G. 7 Nr. 20.
Gewährleistung bei Viehmängeln 187.
Gewerbeordnung, Aenderung derselben 410 ff.
Gewerbsmäßigkeit der Uebernahme von Güterversendungen durch den Spediteur 268, 270 Nr. 9, — der Lagerung und Aufbewahrung von Gütern durch den Lagerhalter 291, — der Uebernahme der Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern durch den Frachtführer 312.
Gewicht, Handelskauf nach G. 61, — der Waaren bei Berechnung des Kaufpreises 181 ff.
Gewichtsnoten bei theilweisem Verkauf des eingelagerten Gutes 299.
Gewichtsverlust des Eisenbahnfrachtgutes 387.
Gewinnantheilscheine 80.
Gleichzeitiger Bestand mehrerer Pfandrechte an dem Frachtgute, Rangordnung 360 ff.
Grobe Fahrlässigkeit bei Ertheilung von Rath und Empfehlung 24 Nr. 13, — bei Erwerb einer dem Veräußerer nicht gehörigen Sache 78 Nr. 9, — des Frachtführers 327, 327 Nr. 2, 350, 353 Nr. 14, — der Eisenbahn 381, 389, 392, 395.
Großbahnen 370 Nr. 5.
Grundhandelsgeschäfte 9 Nr. 2.
Güter, Beförderung von G. zu Lande und auf Binnengewässern 310 Nr. 4, 311 Nr. 8, 312, — Beförderung von G. und Personen auf den Eisenbahnen 369.
Güterversendungen durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines Andern im eigenen Namen 268, 269 Nr. 4.
Guter Glaube bei Erwerb einer einem Kaufmann nicht gehörigen beweglichen Sache 75, 76 Nr. 2, — der Bankiers oder Geldwechsler bei Veräußerung gestohlener, verlorener oder abhanden gekommener Inhaberpapiere 80 ff.
Gutgewicht zu Gunsten des Käufers 181, 184 Nr. 9.

H.

Haftung aus der Ertheilung von Rath und Empfehlung 23 ff., — des kaufmännischen Bürgen 29 Nr. 6, — Dritter für eine die laufende Rechnung aufgenommene Forderung als Gesammtschuldner 41, — des Käufers für die Aufbewahrung beanstandeter Waaren 179 Nr. 17 f., — des Kommissionärs 205, — des Kommissionärs für Verlust und Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes 225 ff., — des Kommissionärs für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten 239, — des Spediteurs 276 Nr. 13, 277 Nr. 15, — des Lagerhalters 292, — des Absenders für Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Frachtbrief aufgenommenen Angaben 314, 317 Nr. 17, — des Absenders beim Frachtgeschäft für die Folgen, die aus dem Mangel ꝛc. der Begleitpapiere entstehen 317 f., — des Frachtführers für Verlust oder Beschädigung des Gutes und für Versäumung der Lieferzeit 322 ff., — des Frachtführers, der das Gut ohne Bezahlung abliefert, seinen Vormännern gegenüber 358 ff., — der Eisenbahn 377, — des Absenders für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Frachtbrief aufgenommenen Angaben im Eisenbahnfrachtgeschäft 375 Nr. 8, — der Eisenbahn für Befolgung der Anweisungen des Absenders ohne Vorlegung des Frachtbriefduplikats 374, — der Eisenbahn für ihre Leute ꝛc. 381, — der Eisenbahn für Verlust ꝛc. von Kostbarkeiten 380 Nr. 9, — der Eisenbahn, Ausschluß derselben 382 f., — der Eisenbahn für Versäumung der Lieferzeit 394.
Handelsgebrauch 181, 237, 239, 240 Nr. 5, — Rücksicht auf die H. bei Geschäften unter Kaufleuten 17 ff., — Bestimmung der Leistungszeit nach dem H. 59 Nr. 1.
Handelsgeschäfte, Begriffsbestimmung 9 Nr. 1, — Bestimmung der Verträge, die H. sein können 10 Nr. 6, — Erfüllung von H. 56 ff., — Abschließung von H. 61 ff.
Handelsgesetzbuch, Inkrafttreten des H.G.B. 406.
Handelsgewohnheiten, Rücksicht auf die H. bei Geschäften unter Kaufleuten 17 ff.
Handelsgewohnheitsrecht 407 Nr. 3.
Handelskauf, bezüglicher Abschnitt 97 ff.
Handelsmäkler, Verkauf der Waaren bei Annahmeverzug des Käufers 98, —

Digitized by Google

Verkauf der nicht zur bestimmten Zeit ꝛc. gelieferten Waaren durch den H. 114.
Handelssachen, Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches in H. 406.
Handelsverkehr, Rücksicht auf die im H. geltenden Gewohnheiten und Gebräuche 17 ff.
Handelswerth, Ersatz des Frachtgutes bei ganzem oder theilweisem Verlust nach gemeinem H. 327, 380.
Handelsusancen 18 Nr. 4 ff.
Hauptspediteur 270 Nr. 11.
Heimathshafen des Schiffes 420.
Hemmung der Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur 286, 288 Nr. 12, — der Verjährung im Eisenbahnfrachtverkehr 399.
Herabsetzung, Verbot der H. der Vertragsstrafe in Handelsgeschäften 26 ff., — der Vertragsstrafe der Minderkaufleute 32 Nr. 1.
Herausgabe, Pflicht des Besitzers eines indossirten Papieres zur H. 73, 74 Nr. 3, — des Nachnahmebetrages durch den Spediteur 276 Nr. 12.
Hindernisse der Ausführung des Transportes beim Frachtvertrag 320 Nr. 3, 4.
Hinterlegung der Waaren bei Annahmeverzug des Käufers 98, — von Werthpapieren, Kostbarkeiten ꝛc. 108 Nr. 1, — des Kommissionsguts bei Annahmeverzug des Kommittenten 225 Nr. 2, — vertretbarer Sachen beim Lagerhalter 294 f., — des nicht angenommenen Frachtgutes in einem öffentlichen Lagerhaus ꝛc. 346 f., 348 Nr. 8.
Höhe der gesetzlichen Zinsen bei beiderseitigen Handelsgeschäften 33 ff.
Höhere Gewalt, Verhinderung der Beförderung von Gütern auf Eisenbahnen durch h. G. 371.

J.

Indentgeschäfte 205 Nr. 3.
Indossable Papiere 66 ff.
Indossable Lagerscheine, sachenrechtliche Wirkung der Uebergabe solcher 301 ff.
Indossament, kaufmännische Anweisungen, die durch J. übertragen werden können 66 ff., — Transportfunktion des J. 70.
Indossirung eines durch einen Kommissionär angekauften Wechsels durch denselben 241 ff.
Inhaber, Ladeschein darf nicht auf den J. lauten 364 Nr. 2.
Inhaberlagerschein 304 Nr. 13, 305 Nr. 16.
Inhaberpapier, Veräußerung oder Verpfändung 77 Nr. 6, — auf Sicht zahlbare unverzinsliche J. 80, — Veräußerung oder Verpfändung gestohlener, abhanden gekommener J. durch Bankiers und Geldwechsler 80 ff.
Inkrafttreten des H.G.B. 406, — des Preuß. Ausführungsgesetzes zum H.G.B. 422.
Interesse des Kommittenten, Wahrnehmung durch den Kommissionär 205, 209 Nr. 9, — des Versenders, Wahrnehmung durch den Spediteur 276 Nr. 11, — Angabe des J. im Frachtbriefe der Eisenbahn 390, 394.
Irrthum des Käufers über die Sache oder die Qualität der Sache 175 Nr. 17.

K.

Kassakonto 184.
Kauf von Werthpapieren 185 ff., — nach Probe 189 ff., — Mängel der Sache beim K. n. Pr. 170 Nr. 76, — Untersuchung der Waare auf Mängel bei K. n. Pr. 161 Nr. 41, — auf Probe 191 ff., — Mängel der Sache beim K. a. Pr. 170 Nr. 76, — zur Probe 193 Nr. 23.
Käufer, Verzug mit der Annahme 98 ff., — Verzug des K. mit der Bestimmung des Maßes, der Form einer verkauften beweglichen Sache 108 ff., — Verzug des K. mit der Zahlung des Kaufpreises 115 Nr. 5, — Schadensersatzanspruch des K. wegen Nichterfüllung 131 Nr. 60 ff., — Untersuchungspflicht des K. betr. Mängel der Sache 159 ff., — Anzeigepflicht des Käufers von M. der Sache 163 ff., — Aufbewahrung der beanstandeten Waare 176 ff., — Verpflichtung des K. zur Empfangnahme der Waare 197 Nr. 36.
Kaufmann, Geschäfte eines K. 11 Nr. 7, — Rechtsgeschäfte eines K. 12 ff.
Kaufmännische Anweisungen, die durch Indossament übertragen werden können 66 ff., — Orderpapiere, die durch Indossament übertragen werden können 67 ff.
Kaufpreis, Verzug des Käufers mit der Zahlung des K. 115 Nr. 5, — Zahlung des K. in Distanzgeschäften 117 Nr. 10, — Berechnung des K. nach dem Gewicht der Waare 181 ff., — Stundung des K. durch den Kommissionär bei bestehendem Handelsgebrauch 237, — Haftung des Kommissionärs für pünktliche Zahlung des K. 239 Nr. 2.
Ketten, goldene, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
Klage auf Abnahme der Waare bei Annahmeverzug des Käufers 108 Nr. 2.
Klagebegründende Thatsachen 4 Nr. 10, 5 Nr. 11.

Digitized by Google

Klein-Gewerbe, Preußische Ausführungsbestimmungen über die Grenzen des Kl. 419.
Kleinbahnen 370 Nr. 4, 404.
Kohlen, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
Kommanditgesellschaft auf Aktien, Auflösung 420.
Kommission, welche die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist 267.
Kommissionär, Begriffsbestimmung 198 Nr. 3, 204 f., — Delkrederehaftung des K. 29 Nr. 2, — gesetzliches Pfandrecht des K. (s. a. Pfandrecht) 75, 83, — als unmittelbarer Besitzer der ihm zum Verkauf ꝛc. übergebenen Waaren ꝛc. 233 Nr. 7.
Kommissionsgeschäft, bezüglicher Abschnitt 197 ff., — Begriffsbestimmung 198 Nr. 4 ff.
Kommissionsgut, Beschädigung oder mangelhafter Zustand des Kommissionsguts bei Empfang durch den Kommissionär 222 ff., — Versicherung desselben durch den Kommissionär 225, 227 Nr. 8, — Pfandrecht des Kommissionärs am K. 247 ff., 249 Nr. 10, — das im Eigenthum des Kommissionärs steht, Befriedigung seiner Ansprüche daraus 251 ff.
Kommittent, Annahmeverzug desselben 225 Nr. 2.
Kompensation beim Saldo 50 Nr. 29.
Konkrete Schadensberechnung 129 Nr. 55.
Konkurs eines Kontokurrentisten 54 Nr. 34, — des Schuldners, Rothzurückbehaltungsrecht im Falle des K. d. Sch. 92, — des im Verzug befindlichen Theils beim Handelskauf 135 Nr. 73, — des Schuldners beim Fixgeschäft 142 Nr. 93, — des Kommissionärs 233 Nr. 7, 234 Nr. 10, — über das Vermögen des Kommittenten 204 Nr. 18, 236 Nr. 18, 252 Nr. 1.
Konnossemente der Seeschiffer, die durch Indossament übertragen werden können 67 ff., — Pfandrecht des Kommissionärs an dem Kommissionsgute, über das er mittels K. verfügen kann 247, des Spediteurs an dem Speditionsgut 278, — des Lagerhalters an dem Lagergute 298, — des Frachtführers an dem Frachtgute 354 ff.
Konsignationsgeschäft 205 Nr. 3.
Kontokurrent 40 ff.
Kontokurrentbürgschaft 55 Nr. 37.
Konventionalstrafe siehe Vertragsstrafe.
Kostbarkeiten, Haftung des Frachtführers wegen Verlust ꝛc. von K. 322, 326 Nr. 9, — Haftung der Eisenbahn deswegen 380 Nr. 9, 390.
Kosten der Uebermittelung von Geld an den Gläubiger 57, — der Hinterlegung bei Annahmeverzug des Käufers 98, — des Käufers für die Aufbewahrung der beanstandeten Waare 179 Nr. 19, — des Kommissionärs 213 Nr. 26, — Pfandrecht des Kommissionärs wegen der auf das Gut verwendeten K. 247, — des Kommissionsgeschäfts, Berechnung derselben bei Selbsteintritt des Kommissionärs 265, — des Speditionsgeschäfts bei Selbsteintritt des Spediteurs 282, — einer vom Empfangsberechtigten beantragten Feststellung der Beschädigung ꝛc. des Frachtgutes 350, 353 Nr. 13.
Kraftloserklärung vernichteter oder abhanden gekommener indossabler Papiere 74, 75 Nr. 6 ff., — vor dem Inkrafttreten des H.G.B. abhanden gekommener ꝛc. Aktien 417.
Krahngelder 278 Nr. 4.
Kredit, Unbefugter Verkauf seitens des Kommissionärs auf Kr. 237.
Kreditauftrag 118 Nr. 11, 121 Nr. 26, — Form des Kr. 31 Nr. 4, — Haftung als Bürge aus einem K. 28 ff., — Ertheilung durch einen Minderkaufmann 33 Nr. 2.
Kreditgewährung des Kommissionärs an einen Dritten ohne Zustimmung des Kommittenten 237 f.
Kredithypothek 55 Nr. 37.
Kündigung der laufenden Rechnung während der Rechnungsperiode 41, — des Kontokurrentvertrages 54 Nr. 34, — Abhängigkeit der Leistung von vorheriger K. 116 Nr. 6, — des Kommissionsvertrages 202 Nr. 14, — des Speditionsvertrages 271 Nr. 13, — des Lagergeschäfts 299, 300 Nr. 4, 5, — des Frachtvertrages 322 Nr. 13.
Kündigungsrecht des Schuldners bei höherem als dem gesetzlichen Zinssatz 34 Nr. 4.
Kunstgegenstände, Haftung des Frachtführers für Verlust von K. 322, 326 Nr. 9, Haftung der Eisenbahn deswegen 380 Nr. 9, 390.
Kurs, Kommission, die zu einem bestimmten Kurs ausgeführt werden soll 253.

L.

Ladeschein 362 ff., — Inhalt desselben 363 ff., — der Frachtführer, die durch Indossament übertragen werden können

Digitized by Google

67 ff., — Pfandrecht des Kommissionärs an dem Gute, über das er mittels L. verfügen kann 277, — Pfandrecht des Spediteurs am Lagergute, über das er mittels L. verfügen kann 278, — Pfandrecht des Lagerhalters wegen der Lagerkosten an dem Gute, über das er mittels L. verfügen kann 298, — Pfandrecht des Frachtführers an dem Gute, über das er mittels L. verfügen kann 354 ff.

Lagergeld für Aufbewahrung von Gütern 37 ff., — beim Speditionsvertrag 288 Nr. 4, — Anspruch des Lagerhalters auf das bedungene oder ortsübliche L. 297, 297 Nr. 2.

Lagergeschäft, bezüglicher Abschnitt 290 ff., — ist nothwendig entgeltlicher Verwahrungsvertrag 291 Nr. 2.

Lagergut, Gestattung der Besichtigung desselben durch den Einlagerer 293.

Lagerhalter, Begriffsbestimmung 291, 291 Nr. 1, — gesetzliches Pfandrecht des L. (s. a. Pfandrecht) 75, 83, — Verjährung der Ansprüche gegen den L. 301 Nr. 2.

Lagerhaus, bei dem der Spediteur das Gut einlagert 272 Nr. 17, — Hinterlegung des nicht angenommenen Frachtgutes in einem öffentlichen L. 346, 348 Nr. 8.

Lagerkosten, Erstattung derselben 297, — Pfandrecht des Lagerhalters wegen der L. 298.

Lagerpfandscheine, landesgesetzliche Bestimmungen über L. 413.

Lagerräume des Kommissionärs, Vergütung für Benutzung derselben 243.

Lagerschein, Pfandrecht des Kommissionärs an dem Gute, über das er mittels L. verfügen kann 247, — Pfandrecht des Spediteurs an dem Gut, über das er mittels L. verfügen kann 278, — Pfandrecht des Lagerhalters wegen der Lagerkosten an dem Gute, über das er mittels L. verfügen kann 298, — Pfandrecht des Frachtführers an dem Gute, über das er mittels L. verfügen kann 354 ff., — Ausstellung eines L., der durch Indossament übertragen werden kann, durch den Lagerhalter 301 ff., — landesgesetzliche Bestimmungen über L. 413.

Lagerverzeichnisse 188 Nr. 1.

Lagerung und Aufbewahrung von Gütern durch den Lagerhalter 291.

Landesgesetze, Verhältniß zum H.G.B. 413.

Laufende Rechnung 40 ff., — in Kommissionsgeschäften, Pfandrecht des Kommissionärs wegen aller Forderungen daraus 247.

Leckage 377, 383.

Legitimation des Besitzers indossirter Papiere 73.

Lehrer, Engagirung von L. durch Kaufleute als solche 14 Nr. 3.

Leihverträge können Handelsgeschäfte sein 12 Nr. 11.

Leim, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.

Leistung, Verpflichtung eines Theils zu vorheriger L. 118 Nr. 11, — Folgen nicht rechtzeitiger Leistung beim Fixgeschäft 135 Nr. 77 ff.

Leistungsannahme, Ablehnung der L. 123 Nr. 32.

Leistungsverzug des Käufers 110 Nr. 9, — des Kommittenten 225 Nr. 3.

Leistungszeit und Leistungsfrist 113 f.

Leugnen des Beklagten, Beweislast dabei 6 Nr. 16 ff.

Letzter Kurs, Kommission, die zum letzten K. ausgeführt werden soll 253.

Lichter, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.

Lieferfrist beim Frachtvertrage 320 Nr. 1.

Lieferscheine bei theilweisem Verkauf des eingelagerten Gutes 299.

Lieferzeit, Haftung des Frachtführers für Versäumung der L. 322, 323 Nr. 6, — Versäumung derselben im Eisenbahnfrachtverkehr 394.

Lieferung einer andern als der bedungenen Waare oder einer andern als der bedungenen Menge von Waaren 171 ff.

Liegegelder, Pfandrecht des Frachtführers wegen der L. 354 ff.

Limito, Setzung eines L. durch den Kommittenten 219 ff.

Löschung einer auf Grund des bisherigen Landesrechts erfolgten Eintragung von Amtswegen, wenn sie nach H.G.B. unzulässig ist 419.

Lüftung der Lagerräume 292 Nr. 1.

M.

Mahnung als Voraussetzung des Verzugs 118 Nr. 12 ff.

Mäkler, Entgegennahme von Reklamationen 163 Nr. 51.

Mäklergebühr beim Speditionsvertrag 278 Nr. 4.

Mängel der Waare, Anzeigepflicht des Käufers von M. der Waare 149, 163 ff., — des Kommissionsgutes, wenn die ertheilte Einkaufskommission beiderseitiges Handelsgeschäft ist 228 ff., — — bei gehöriger Untersuchung nicht erkennbare M. der Kaufsache 168 Nr. 71, — der Verpackung des Eisenbahnfrachtgutes 377, 382.

Mangelhafter Zustand des Kommissionsguts bei Empfang durch den Kommissionär 222 ff.

Digitized by Google

Marktpreis als Kaufpreis 182 Nr. 3 f.
Maschinen, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
Maß, Handelskauf nach M. 61, — Bestimmung des M. einer verkauften beweglichen Sache 108.
Mehl, Backprobe 160 Nr. 39.
Mehrheit der Mängel der Kaufsache 165 Nr. 58, — von Eisenbahnfrachtgütern, Beförderung auf Grund desselben Frachtbriefes 398.
Mehrkosten des Frachtführers infolge nachträglicher Anweisungen des Absenders 335.
Mehrmalige Untersuchung der Waare auf Mängel 161 Nr. 42.
Menge, Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, M. ꝛc. im Frachtbrief 313, 316 Nr. 12, — im Ladeschein 363.
Mengdepot 308 Nr. 13.
Menglagergeschäft 294, 296 Nr. 4.
Merkzeichen, Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und M. im Frachtbrief 313, 316 Nr. 12, — im Lagerschein 363.
Minderkaufmann, Geschäfte eines M. 11 Nr. 7, — Vertragsstrafen, Bürgschaftserklärung, Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß eines M. 32 f.
Minderung des Speditionsgutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur deswegen 286, 287 Nr. 3, 5, — des Frachtgutes, Feststellung derselben vor der Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige 349, — des Frachtgutes, Verjährung der Ansprüche wegen derselben 353 f., — des Lagergutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen derselben 301, — des Eisenbahnfrachtgutes 392.
Mittelkurs, Kommission, die zum M. ausgeführt werden soll 253.
Mittheilung der getroffenen Bestimmung beim Spezifikationskauf an den Verkäufer 110 Nr. 10.
„Mittlere Art und Güte" 60.
Muster 188 Nr. 1.

N.

Nachnahme nach Eingang beim Speditionsvertrage 281 Nr. 1, — im Voraus 282 Nr. 2, — Einziehung der auf dem Frachtgute haftenden N. für die Vormänner durch den letzten Frachtführer 357 f., — Bestimmung über die auf dem Frachtgute haftende N. im Ladeschein 363.
Nachnahmebetrag, Herausgabe des N. durch den Spediteur 276 Nr. 12.
Nachnahmesendung in Distanzgeschäften 117 Nr. 10.
Nachricht an den Kommittenten von der Beschädigung oder dem mangelhaften Zustand des Kommissionsguts 222 ff.
Nachzahlung zu wenig erhobener Eisenbahnfracht 399.
Namen, Uebernahme von Güterversendungen für fremde Rechnung im eigenen N. 268, 269 Nr. 7, — des Frachtführers im Ladeschein 363, — des Absenders im Ladeschein 363, — des Empfängers im Frachtbrief 313, 316 Nr. 10, — des Frachtführers im Frachtbrief 313, 316 Nr. 9.
Natur der Waare, Untersuchung betr. Mängel der Waare nach der N. 160 Nr. 39.
Richtigkeit einer Vereinbarung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, daß die Erklärung, ob das Geschäft durch Selbsteintritt oder durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen sei, später als am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden dürfe 266.
Niederlagen, öffentliche N. unverzollter Waaren 291.
Notare 419.
Nothverkauf beanstandeter Waaren durch den Verkäufer 179 Nr. 21 ff.
Nothzurückbehaltungsrecht 92.
Novation und Kontokurrent 51 ff.

O.

Offene Wagen im Eisenbahnfrachtverkehr 382.
Oeffentliche Niederlagen unverzollter Waaren 291, — Versteigerung der Waaren bei Annahmeverzug des Verkäufers 98 ff., 103 Nr. 22, — Versteigerung der nicht zur bestimmten Zeit ꝛc. gelieferten Waaren 114, — Versteigerung der Waare zum Deckungsverkauf beim Fixgeschäft 141 Nr. 92, — Versteigerung des dem Verderb ausgesetzten Kommissionsguts 224 Nr. 11.
Offerten, unverbindliche Einladungen zu O. 188 Nr. 1 ff.
Oel, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
Omnibusgesellschaften 313.
Order, Ladeschein an Order 363.
Orderlagerscheine 302 Nr. 6, 304 Nr. 15.
Orderpapiere, kaufmännische O., die durch Indossament übertragen werden können 67 ff.
Ort des Selbsthülfeverkaufs 104 Nr. 26, — der Untersuchung der Waare auf Mängel 161 Nr. 44, — der Ablliefe-

Digitized by Google

rung im Ladeschein 363, — der Ausstellung des Ladescheins 363, — der Ausstellung des Frachtbriefes 313, 315 Nr. 8, — der Ablieferung im Frachtbrief 313, 316 Nr. 11.
Ortsgebrauch 243, 319, 320, — Rücksicht auf den O. bei einseitigen Handelsgeschäften 17 Nr. 2.

P.

Pacotillevertrag 205 Nr. 3.
Pauschquantum beim Speditionsvertrag 284 Nr. 3.
Pauschalsumme beim Speditionsvertrag 284 Nr. 3.
Personen, Beförderung von Gütern und P. auf den Eisenbahnen 369, — Vorschriften über Beförderung von P. trifft die Eisenbahnverkehrsordnung 402.
Persönlichkeit des Frachtführers 274 Nr. 6.
Personentransportanstalten 313.
Pfand, Aufnahme von Forderungen, die durch Pf. gesichert sind, in die laufende Rechnung 41, — Verkauf des Pf. in beiderseitigen Handelsgeschäften 83.
Pfandrecht des Kommissionärs an dem Kommissionsgut 75, 237 Nr. 7, 247, — des Kommissionärs und Lagerhalters, sowie Pf. des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse 360, — des Spediteurs wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse 75, 278 ff., — des Lagerhalters wegen der Lagerkosten 298, — des Frachtführers wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen 354 ff., — Ausübung des Pf. für seine Vormänner durch den letzten Frachtführer 357, — an dem Frachtgute; Rangordnung mehrerer bestehender 360 ff.
Pfändung des Anspruchs auf den Ueberschuß aus dem Kontokurrent 41, — des Saldos 54 Nr. 31.
Pflichten des Kommissionärs 205 ff., — des Kommissionärs hinsichtlich des empfangenen Kommissionsgutes 222 ff., — des Spediteurs 273 Nr. 2 ff.,
Pflichtverletzung seitens des Kommissionärs 217 f.
Platzkauf 151 Nr. 7, — Ablieferung der Waare bei Pl. 158 Nr. 30 ff.
Platzspediteur 270 Nr. 11.
Polizeibehörde 419, 420.
Polizeivorschriften, Begleitpapiere zur Erfüllung der P. beim Frachtbrief 317.
Post, Transportgeschäfte der P. 309 Nr. 1.
Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten 368.
Pränumerationskauf 118 Nr. 11, 121 Nr. 26.
Präsentationspapier 73 Nr. 11.
Preis bei Selbsteintritt des Kommissionärs 260 Nr. 22, 26, 262 ff.
Preisbestimmung, Abweichung des Kommissionärs von der Pr. 299 ff.
Preislisten 188 Nr. 1.
Privatpostanstalten 368.
Privat-Transitläger 291 Nr. 1.
Proben 188 Nr. 1, — Entnahme von Pr. durch den Einlagerer 293.
Provision für Besorgung von Geschäften eines Andern in Ausübung des eigenen Handelsgewerbes 37 ff. — des Kommissionärs 213 Nr. 26, 243, — Pfandrecht des Kommissionärs wegen der Pr. 297, — des Kommissionärs, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt 265, — des Spediteurs 277 f., — Pfandrecht des Spediteurs wegen der Pr. 278, — bei Selbsteintritt des Spediteurs 282, — des Spediteurs im Falle einer Einigung mit dem Versender über einen bestimmten Satz derselben 283.
Prüfung der Legitimation des Besitzers indossirter Papiere 73.

Q.

Qualifizirtes Geständniß 7 Nr. 20.
Qualitätsmängel 153 Nr. 10.
Quantitätsmängel der Kaufsache 171 Nr. 1, 174 Nr. 10 ff.
Quittirte Rechnung, Uebersendung der qu. R. gilt als Mahnung 118 Nr. 13.
Quittungsbuch, Einträge in ein Qu. im Eisenbahnfrachtverkehr 376 Nr. 10.

R.

Rathsertheilung 23 ff., — ist nicht Handelsgeschäft 10 Nr. 4.
Realisirung des Pfandrechts des Spediteurs 278 Nr. 7.
Recepisse des Lagerhalters 305 Nr. 17.
receptum cauponum 290 Nr. 1.
Rechenschaftspflicht des Kommissionärs 205 ff., des Kommissionärs bei Selbsteintritt desselben 253, 260 Nr. 26 ff., — des Spediteurs 276 Nr. 12.
Rechnungsabschluß beim Kontokurrent 40.
Rechnung, Uebernahme von Güterversendungen durch Frachtführer ꝛc. für fremde R. im eigenen Namen 268, 270 Nr. 8, Versendung einer Sammelladung auf Grund eines für eigene R. darüber geschlossenen Frachtvertrages 285 Nr. 9.

Digitized by Google

Rechte und Pflichten des Spediteurs, Anwendung der Vorschriften, die für den Kommissionär gelten, hierauf 268, — und Pflichten des Lagerhalters, Anwendung der §§ 388 bis 390 auf diese 292, — des Empfängers des Frachtgutes 340 ff.
Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns 12 ff.
Rechtsmittel betr. Mängel der Kaufsache 170 Nr. 77.
Rechtsvermuthung, Verschiebung der Beweislast durch R. 5 Nr. 12, — für die Eigenschaft von Geschäften als accessorische Handelsgeschäfte 13 Nr. 1.
Rechtswidrige Handlungen einer Aktiengesellschaft ꝛc. 420.
Refaktie bei Kauf von Waaren 181, 184 Nr. 10.
Reichsanzeiger, Bekanntmachung über den Diebstahl, Verlust ꝛc. von Inhaberpapieren im R. 80 ff.
Reinhaltung der Lagerräume 292 Nr. 1.
Reisegepäck 375 Nr. 2, 392, 393 Nr. 3.
Rektalagerscheine 302 Nr. 5, 304 Nr. 14.
Rentenscheine 80.
Retentionsrecht, siehe Zurückbehaltungsrecht
Rost, Eisenbahnfrachtgut, das dem R. ausgesetzt ist 383.
Rückerstattung zu viel erhobener Eisenbahnfracht 399.
Rückgabe des Ladescheins bei Ablieferung des Frachtgutes 366.
Rücknahme des eingelagerten Gutes 299.
Rücktritt vom Vertrage wegen verspäteter Leistung ꝛc. 133 Nr. 68, — vom Fixgeschäft bei nicht zu rechter Zeit erfolgter Leistung 139 Nr. 86 ff., 141 Nr. 90, — vom Vertrage, wenn die Leistung nicht zu der festbestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt 113 ff.
Rücktrittsrecht beim Spezifikationskauf 112 Nr. 16, — des Absenders des Frachtgutes, wenn der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert wird 319.

S.

Saldoziehung 48 ff.
Sammeldepot 308 Nr. 13.
Sammelladeverkehr beim Speditionsgeschäft 285 Nr. 7.
Sammtfrachtführer, Haftung desselben 331 f.
Sammthaftung der Sammtfrachtführer 333 Nr. 7, 8.
Schaden, Ersatz des dem Kommissionär durch Ausführung der Kommission entstandenen Schadens 247 Nr. 14, — der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes sowie durch Versäumung der Lieferzeit entsteht, Haftung des Frachtführers dafür 322 ff.
Schadensberechnung, abstrakte Sch. 122 Nr. 29.
Schadensbewahrungspflicht des einen Antrag ablehnenden Kaufmanns 64, 66 Nr. 12.
Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Spezifikationskauf 108, 112 Nr. 18, — wegen Nichterfüllung, wenn die Leistung nicht zu der festbestimmten Zeit oder innerhalb der Frist erfolgt 113 ff., — wegen verspäteter Erfüllung 121 Nr. 28, 122 Nr. 29.
Schadensersatzanspruch des Gläubigers wegen verspäteter Erfüllung beim Fixgeschäft 140 Nr. 88, 141 Nr. 91.
Schadensersatzpflicht bei Ertheilung von Rath und Empfehlung 24 Nr. 13, — des Spediteurs 276 Nr. 13, — des Lagerhalters bei Versäumung der Anzeigepflicht von der Gefahr der Entwerthung des lagernden Gutes 292, — des Lagerhalters wegen Vertragswidrigkeiten 293 Nr. 5, — des Frachtführers bei Versäumniß der Anzeigepflicht von Verweigerung der Annahme durch den Empfänger ꝛc. 347.
Schadlosbürgschaft 30 Nr. 8.
Schenkungen können Handelsgeschäfte sein 12 Nr. 11.
Schiffer, Wahrung der Rechte des Sch. bei Zusendung verdorbener oder beschädigter Waaren an den Kommissionär durch diesen 222, 223 Nr. 4.
Schuldanerkenntniß in Handelsgeschäften, Form 30 ff., — abstraktes Sch. eines Minderkaufmanns 33 Nr. 5.
Schuldscheine der Kaufleute 13, 14 Nr. 7 ff.
Schuldversprechen in Handelsgeschäften, Form 30 ff.
Schweigen als Annahme bezw. Genehmigung 19 Nr. 6, 7, — als Annahme eines Antrags in Handelsgeschäften 64 Nr. 1 ff., — des Käufers beim Spezifikationskauf 112 Nr. 15.
Schwinden des Eisenbahnfrachtgutes 377.
Seeschiffer, Konnossemente der S., die durch Indossament übertragen werden können 67 ff.
Seide, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
Selbsthülfeverkauf 98 ff., — bei Annahmeverzug des Kommittenten 225 Nr. 2.
Selbsteintritt des Kommissionärs 253 ff., — Anzeige des Kommissionärs über Ausführung der Kommission ohne Bemerkung betr. seines S. 266, — des Spediteurs 281 ff.

Digitized by Google

Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, Ausübung desselben 258 Nr. 11 ff.
Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung bei Verzug 124 Nr. 35.
Sicherheit für das ganze Debetsaldo oder bis zur Höhe eines bestimmten Betrages desselben 55 Nr. 37, — der Lagerräume gegen Feuer- und Wassersgefahr 292 Nr. 1.
Sicherheitsleistung zur Abwendung des Zurückbehaltungsrechts 86.
Sicherstellung des Frachtgutes am Orte der Ablieferung vor Ankunft desselben durch den Empfänger 338 ff.
Sicherung des Beweises wegen Verlust, Beschädigung ꝛc. von Speditionsgut durch gerichtliche Beweisaufnahme 286.
„Sofern nicht", Beweislast bei dem so eingeleiteten Ausnahmefall 3 Nr. 5.
Sonderdepot 306 Nr. 3 ff.
Sonderlagergut 295 Nr. 3.
„Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" 21 ff., — Ausschluß der Haftung des Kommissionärs für Verlust ꝛc. des Kommissionsguts bei Beobachtung derselben 225, 227 Nr. 6, — Ausführung der Versendung, Wahl der Frachtführer ꝛc. durch den Spediteur mit der S. 273 ff., — eines ordentlichen Frachtführers 322, 325 Nr. 8.
Spediteur, Begriffsbestimmung 268, — gesetzliches Pfandrecht des Sp. (s. a. Pfandrecht) 75, 83, — Unterscheidung der drei Arten von Sp. 270 Nr. 11, — Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Ausführung der Versendung 273 ff., — Beförderung des Gutes durch ihn selbst 281, — Selbsteintrittsrecht desselben 281 ff.
Spedition mit fixen Spesen 284 Nr. 1.
Speditionsaufträge verschiedener Versender, Erledigung durch einheitliche Versendung der gesammelten Güter 285 Nr. 8.
Speditionsgeschäft, bezüglicher Abschnitt 268 ff.
Speditionsgut, Pfandrecht des Spediteurs daran 278, 279 Nr. 4, Versendung desselben mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines von dem Spediteur für seine Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen Frachtvertrags 283, — Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlust, Minderung ꝛc. des Sp. 286.
Speditionsvertrag, rechtliche Natur desselben 270 Nr. 12.
Spesen, Spedition mit fixen Spesen 284 Nr. 1.
Spezies, Eigenthum an der Sp. beim Kommissionskauf 236 Nr. 18.
Spezifikationskauf 108 ff.
Spielgeschäfte können Handelsgeschäfte sein 12 Nr. 11.
Staatsanwaltschaft 419.
Stellzettel 305 Nr. 17.
Steuerbehörde 420.
Steuervorschriften, Begleitpapiere zur Erfüllung der St. beim Frachtbrief 317.
Strafversprechen der Vollkaufleute 26 Nr. 3, — der Minderkaufleute 32 Nr. 1.
Stückeverzeichniß des Kommissionärs über eingekaufte vertretbare Werthpapiere 213 Nr. 29, — Uebergang des Eigenthums an den Werthpapieren vom Kommissionär auf den Kommittenten mit Absendung des St. 235 Nr. 11.
Stundung des Kaufpreises durch den Kommissionär bei bestehendem Handelsgebrauch 237.
Summendepot 308 Nr. 12.
Summenverwahrungsvertrag 294 Nr. 1, 308 Nr. 12.
Suspensivbedingung, Beweislast bei Streit über Bestehen oder Nichtbestehen einer S. 7 Nr. 20.

T.

Tabak, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.
Tag der Ausstellung des Frachtbriefes 313, 315 Nr. 8, — des Ladescheines 363.
Taragewicht 181.
Tauglichkeit des Beförderungsmittels, Prüfung durch den Spediteur 274 Nr. 6.
Temporäre Unmöglichkeit der Leistung 120 Nr. 21.
Termin, Festsetzung eines bestimmten T. beim Fixgeschäft 137 Nr. 83.
Theaterunternehmer, Vertrag mit dem Theaterpersonal 11 Nr. 9.
Theilfrachtführer 331 Nr. 2.
Theilleistung beim Fixgeschäft 142 Nr. 95.
Thiere, lebende Th. im Eisenbahnfrachtverkehr 383.
Tod eines der Kontokurrentisten 54 Nr. 34, — des Vertragsantragenden 63, — des Kommittenten 203 Nr. 17.
Transport, Hindernisse der Ausführung des Tr. beim Frachtvertrage 320 Nr. 3 ff.
Transportgeschäfte der Post 309 Nr. 1.
Transportkosten, Einigung über einen bestimmten Satz der Tr. 285 Nr. 10.
Transportversicherungspolizen, die durch Indossament übertragen werden können 67 ff., — Einreden gegen indossirte T. 72 Nr. 10.
Treu und Glauben bei einseitigen Handelsgeschäften 17 Nr. 2.
Typenlagergeschäft 296 Nr. 4.

Digitized by Google

U.

Uebergabe des Ladescheins, Wirkung derselben 368, — indossabler Lagerscheine, sachenrechtliche Wirkung 301 ff. — eines Gutes durch einen Frachtführer an einen anderen, Haftung des ersten Frachtführers 331.

Uebergang der Forderung des Spediteurs auf den Zwischenspediteur bei Befriedigung durch diesen 279.

Uebernahme von Diensten ohne Entgelt 12 Nr. 11, — Gewerbsmäßige Ue. von Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines anderen im eigenen Namen 268, 268 Nr. 2, — der Beförderung von Gütern zu Lande und auf Binnengewässern 300 Nr. 47, - - von Gütern zur Beförderung durch Eisenbahnen 371.

Ueberschreitung des Limito zu Ungunsten des Kommittenten 220 Nr. 4.

Ueberschuß bei der laufenden Rechnung, Zinsen dafür 40.

Uebersendung der Waare, Verpflichtung des Verkäufers dazu 193 ff.

Ueberweisung des Anspruchs auf den Ueberschuß aus dem Kontokurrent 41.

Umfang der Untersuchung der Waare auf Mängel 162 Nr. 47 ff.

Unbewegliche Sachen, Geschäfte über u. S. 10 Nr. 6.

Unmöglichkeit der Leistung in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes 120 Nr. 20.

Unmöglichmachen, schuldhaftes U. der Beweisführung 8 Nr. 23.

Unrichtigkeiten des Handelsregisters und Genossenschaftsregisters 419

Unterbleiben der Leistung in Folge eines von dem Leistungsverpflichteten zu vertretenden Umstandes 119 Nr. 19, — des Geschäfts aus einem in der Person des Kommissionärs liegenden Grunde, Provision des Kommissionärs 243.

Unterbrechung der Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur 286, 288 Nr. 12.

Unterfrachtführer 331 Nr. 2.

Unterlassung der Leistung bei Verzug des anderen Theils 120 Nr. 22, — rechtzeitiger Anzeige von Mängeln der Kaufsache 155 Nr. 20, 167 Nr. 66, — des Kommittenten, über das Gut zu verfügen, Rechte des Kommissionärs 224 f. — der erforderlichen Mittheilungen durch den Kommissionär 205, 210 Nr. 14, — Unterlassungen einer Aktiengesellschaft ꝛc. 420.

Unterschrift des Absenders im Frachtbrief 314, 316 Nr. 16.

Unterspediteur 270 Nr. 11.

Untersuchung der Waare nach Ablieferung durch den Verkäufer 149 ff., 151 Nr. 5 ff., — des Kommissionsguts durch den Kommittenten, wenn die ertheilte Einkaufskommission beiderseitiges Handelsgeschäft ist 228 ff.

Untersuchungspflicht betr. Mängel der Kaufsache 159 ff.

Unterzeichnung des Ladescheins durch den Frachtführer 363.

Unverbindliche Einladungen zu Offerten 188 Nr. 1 ff.

Usancen 18 Nr. 4 ff.

V.

Veränderungen in dem Kommissionsgute 222, — in dem lagernden Gute, Anzeigepflicht des Lagerhalters 292.

Verantwortlichkeit des letzten Frachtführers, der das Gut ohne Bezahlung abliefert seinen Vormännern gegenüber 358 ff.

Verarbeitung der Waare bei Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39, — der mangelhaften Waare 170 Nr. 76.

Veräußerung von Sachen, die dem Kaufmann nicht gehören, im Betriebe des Handelsgewerbes 75 ff. — gestohlener, abhandengekommener oder verlorener Inhaberpapiere an Bankiers oder Geldwechsler 80 ff.

Verbindlichkeiten, Pfandrecht des Kommissionärs wegen der mit Rücksicht auf das Gut eingegangenen Verbindlichkeiten 247.

Verbot der Beförderung von Gütern auf Eisenbahnen auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder der öffentlichen Ordnung 371.

Verderb, Gefahr des V. des Kommissionsguts 222, — Verkauf des beanstandeten Kommissionsgutes bei drohendem Verderb durch den Kommittenten 228 ff., — innerer V. des Eisenbahnfrachtgutes 377.

Verderbliche Waaren, Versteigerung bei Annahmeverzug ohne vorherige Androhung 98, — Verkauf beanstandeter leicht v. W. auf Veranlassung des Käufers 176.

Vereinbarung über die Wahrung der Einrede der Vorausklage für den kaufmännischen Bürgen 30 Nr. 8, — des Delkredereſtehens des Kommissionärs 240 Nr. 4, — zwischen Kommittent und Kommissionär, daß die Erklärung darüber, ob die Kommission durch

Digitized by Google

Selbsteintritt oder durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt sei, später als am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden dürfe, ist nichtig 266, — eines bestimmten Satzes der Beförderungskosten beim Speditionsvertrag 283, 284 Nr. 3 ff.

Verfrachter von Seeschiffen, Güterversendung durch V. v. S. für Rechnung eines anderen im eigenen Namen 268, — von Seeschiffen beim Speditionsvertrag 272 Nr. 16, — Wahl derselben durch den Spediteur 273, 274 Nr. 5.

Verfolgungsrecht des Einkaufskommissionärs im Konkurse des Kommittenten 236 Nr. 18.

Verfügungsrecht des Absenders des Frachtgutes 335.

Vergütung für Benutzung der Lagerräume und Beförderungsmittel des Kommissionärs 243, — für gewährte Beförderungsmittel beim Speditionsvertrag 278 Nr. 4.

Verhinderung der Beförderung von Gütern auf Eisenbahnen durch Umstände, die als höhere Gewalt zu betrachten sind 371.

Verjährung der Zinsverpflichtung 35 Nr. 7, — der Lieferung der Waare und Zahlung des Preises bei Selbsteintritt des Kommissionärs 260 Nr. 24, — des Anspruchs des Spediteurs auf Provision 278 Nr. 3, — der Ansprüche gegen den Spediteur 286, — der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen Verlust, Minderung ꝛc. des Lagergutes 301, — der Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Verlustes, Minderung ꝛc. des Gutes 353 f., — der Ansprüche auf Nachzahlung zu wenig und auf Rückerstattung zu viel erhobener Eisenbahnfracht 399.

Verkauf des Pfandes in beiderseitigen Handelsgeschäften, Frist dafür 83, — der zurückbehaltenen Sache 93 Nr. 2, 3, — der leicht verderblichen beanstandeten Waaren auf Veranlassung des Käufers 176 ff., — des dem Verderb ausgesetzten Gutes durch den Kommissionär, 222 ff., — des beanstandeten Kommissionsgutes bei drohendem Verderb durch den Kommittenten 228 ff., — von Waaren oder Werthpapieren durch den Kommissionär 233 Nr. 7, — Unbefugter V. auf Kredit seitens des Kommissionärs 237, — des nicht angenommenen Frachtgutes, wenn Gefahr im Verzuge ist 347, 349 Nr. 9 ff.

Verkäufer, Verzug mit der Uebergabe und Eigenthumsverschaffung der Waare gegenüber dem Käufer 115 Nr. 4, — Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei verspäteter Leistung 129 Nr. 52 ff., — Arglist des Verkäufers betr. Mängel der Waare 149, — arglistiges Verschweigen der Mängel der Kaufsache 169 Nr. 73, — Verpflichtung des V. zur Uebersendung der Waare 193 ff.,

Verkaufskommissionär 205 Nr. 3, — Selbsteintritt desselben 233 Nr. 7, — Haftung für pünktliche Zahlung des Kaufpreises 239 Nr. 2, — Eigenthum am gekauften Gut bei Selbsteintritt 265 Nr. 1.

Verkehrssitte, Rücksicht auf die V. bei einseitigen Handelsgeschäften 17 Nr. 2.

Verkehrsweg, Wahl des geeigneten V. durch den Spediteur 275 Nr. 9.

Verlagsverträge 420.

Verlängerung der Untersuchungsfrist auf Mängel der Waare 161 Nr. 45, — der Verjährungsfrist wegen Ansprüchen gegen den Spediteur durch Vertrag 286.

Verlust von Inhaberpapieren, Bekanntmachung in dem Reichsanzeiger 80, 420, — des in der Verwahrung des Kommissionärs befindlichen Gutes 225 ff., — des Lagergutes 292 Nr. 1, — des Lagergutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter deswegen 301, — des Speditionsgutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur deswegen 286, 287 Nr. 3, 4, — des Frachtgutes, Haftung des Frachtführers dafür 322, 323 Nr. 6, 327, 328 Nr. 3, — des Frachtgutes, Verjährung der Ansprüche daraus 353 f. — des Eisenbahnfrachtgutes 377, 380, 381 Nr. 1, 387 ff. — des Reisegepäcks 392, 393 Nr. 3.

Vermischung der mangelhaften Waare 170 Nr. 76, — vertretbarer Sachen mit andern gleicher Art und Güte durch den Lagerhalter 294.

Vermuthung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde 8 Nr. 22.

Vernichtete indossable Papiere 74, — vor dem Inkrafttreten des H.G.B. v. Aktien 417.

Verpackung, Gewicht der V. der Waare bei Berechnung des Kaufpreises 181 ff., — Mängel der V. des Eisenbahnfrachtgutes 377, 382.

Verpackungskosten 278 Nr. 4.

Verpfändung indossabler Orderpapiere 73 Nr. 12, — von Sachen, die dem Kaufmann nicht gehören, im Betriebe des Handelsgewerbes 75 ff., — gestohlener, verlorener oder abhanden gekommener Inhaberpapiere an Bankiers oder Geldwechsler 80 ff.

Digitized by Google

Verpflichtung des Frachtführers zur Auslieferung der Sache, Ladeschein darüber 362 f.
Verpflichtungsscheine, kaufmännische V. an Order, die durch Indossament übertragen werden können 67 ff.
Versäumung der Lieferzeit, Haftung des Frachtführers für den daraus entstehenden Schaden 322, 323 Nr. 6, — der Lieferzeit im Eisenbahnfrachtverkehr 394.
Verschulden bei der Vertragsstrafe 26 Nr. 4, — Haftung des Frachtführers für V. 322, 325 Nr. 8, — der Leute des Frachtführers, Haftung desselben dafür 330, — des Verfügungsberechtigten im Eisenbahnfrachtverkehr 377, — der Eisenbahn 383.
Versender, Befolgung der Anweisungen des V. durch den Spediteur 276 Nr. 10, — Erledigung der Speditionsaufträge verschiedener V. durch einheitliche Versendung der gesammelten Güter 285 Nr. 8.
Versendung, Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns durch den Spediteur bei der V. 273, 273 Nr. 2, — des Speditionsguts mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines von dem Spediteur für seine Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen Frachtvertrages 283.
Versicherung des Kommissionsgutes, Verantwortlichkeit des Kommissionärs wegen Unterlassung derselben 225, 227 Nr. 8 ff., — des Speditionsgutes, Anwendung der Vorschriften des Kommissionsgeschäftes hierauf 268, — des Gutes durch den Lagerhalter 292.
Versicherungsverträge 420.
Verspätung, Annahme eines Vertragsantrags 62, — der Ablieferung des Speditionsgutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur deswegen 286, 287 Nr. 3, 288 Nr. 4, — der Ablieferung des Frachtgutes, Vereinbarung über die Entschädigung wegen derselben im Frachtbrief 314, 316 Nr. 15, — der Ablieferung des Frachtgutes, Verjährung der Ansprüche daraus 353 f., — der Ablieferung des Lagergutes, Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen derselben 301.
Versteigerung bei Annahmeverzug des Käufers 98, 103 Nr. 22, — der nicht zur rechten Zeit ꝛc. gelieferten Waaren 118, — öffentliche V. der Waare zum Deckungsverkauf beim Fixgeschäft 141 Nr. 92.
Verstreuung von Eisenbahnfrachtgut 383.
Vertheilung der Beweislast 2 ff.
Verträge, Bestimmung der V., die Handelsgeschäft sein können 10 Nr. 6.
Vertragsantrag 61.
Vertragsmodalitäten, Feststellung der V. nach den Handelsgebräuchen und -Gewohnheiten 20 Nr. 11.
Vertragsstrafe in Handelsgeschäften 26 ff., — der Minderkaufleute 32 Nr. 1, — — für den Fall verspäteter Leistung 122 Nr. 29.
Vertragsurkunde, Vermuthung für ihre Vollständigkeit 8 Nr. 22.
Vertragsverhältniß, Haftung des Rathgebers aus einem die Haftung begründenden V. 24 Nr. 16.
Vertragswidriges Verhalten des Verkäufers 154 Nr. 18.
Vertragswidrigkeiten des Spediteurs 276 Nr. 13, — des Lagerhalters 293 Nr. 5.
Vertretbare Werthpapiere, Pfandrecht des Kommissionärs daran 248 Nr. 8, — bewegliche Sache, Kommission ist auch die Lieferung einer nicht v. b. S., die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist 267, — Sachen, Vermischung v. S. mit anderen gleicher Art und Güte durch den Lagerhalter 294.
Verwahrung des Kommissionsguts durch den Kommissionär 226 Nr. 1 ff., — des Pfandes durch den Kommissionär, dem ein Pfandrecht am Kommissionsgut zusteht 251 Nr. 1.
Verwahrungspflicht des Lagerhalters 292 Nr. 1, — beim Frachtgeschäft 311 Nr. 10.
Verwahrungsvertrag, Lagergeschäft ist nothwendig entgeltlicher V. 291 Nr. 2.
Verweigerung der Anerkennung des Saldos beim Kontokurrent 50 Nr. 28, — der Leistung in Distanzgeschäften 117 Nr. 10, — der Abnahme des Kommissionsguts durch den Kommittenten 225 Nr. 1, — der Annahme durch den Empfänger bei der Spedition 277 Nr. 14, — der Annahme des Frachtgutes 346, — der Beförderung von Gütern innerhalb Deutschlands durch Eisenbahnen nicht statthaft 371.
Verwendungen, Pfandrecht des Spediteurs wegen der V. 278.
Verzicht kann Gegenstand des Handelsgeschäfts sein 12 Nr. 11, — auf die Vertragsstrafe durch vorbehaltlose Annahme der Leistung 27 Nr. 6.
Verzinsung des Saldos 54 Nr. 32.
Verzug des Käufers mit der Bestimmung der Form, des Maßes ꝛc. einer verkauften beweglichen Sache 108 ff., — mit der Leistung 98 ff., 113 ff., — des mit der Leistung und der Zahlung des Kaufpreises 115 Nr. 4, 5, —

Digitized by Google

Folgen des V. 121, Nr. 28, — nur in Bezug auf einen Theil der Leistung 134 Nr. 69 f., — Unterbleiben der rechtzeitigen Leistung beim Fixgeschäft ohne V. des Schuldners 139 Nr. 87, — infolge des V. des Schuldners 140 Nr. 87.

Verzugszinsen bei beiderseitigen Handelsgeschäften 33 ff.

Viehmängel, Gewährleistung wegen V. 187.

Viehtreiber 313.

Vollmacht, Auslegung des Umfangs von V. nach den Handelsgewohnheiten und -Gebräuchen 20 Nr. 9.

Vollstreckbarer Titel für den Verkauf des zurückbehaltenen Gegenstandes 93.

Vorausbezahlung der Fracht, Vermerk darüber im Frachtbrief 313, 316 Nr. 14, — im Ladeschein 363.

Vorausklage, Einrede der V. steht dem kaufmännischen Bürgen nicht zu 28 ff.

Voraussetzungen des Selbsteintritts des Kommissionärs 256 Nr. 4 ff.

Vorsatz, Haftung für V. bei Ertheilung von Rath und Empfehlung 24 Nr. 13, — Haftung der Parteien für V. bei dem Handelskauf 120 Nr. 22, — des Frachtführers 327, 327 Nr. 2, 350, 353 Nr. 14, — der Eisenbahn 381, 389, 392, 395.

Vorsätzliche Herbeiführung des Verlustes, der Minderung ꝛc. des Speditionsgutes durch den Spediteur 287, 289 Nr. 13.

Vorschüsse, Zinsen dafür 38, — von Geld an den Kommissionär zur Bezahlung von Fracht ꝛc. oder zum Einkauf 234 Nr. 81, — Leistung eines V. vom Kommissionär an einen Dritten ohne Zustimmung des Kommittenten 237 f., — Pfandrecht des Kommissionärs wegen der auf das Gut gegebenen V. 247, — Pfandrecht des Spediteurs wegen der auf das Gut gegebenen V. 278, — für den Spediteur durch den Versender 278 Nr. 4, — Pfandrecht des Frachtführers wegen der auf das Gut geleisteten V. 354 ff.

Vorstand einer Aktiengesellschaft 418.

Vortheilhaftere Bedingungen, Abschluß zu v. B. durch den Kommissionär 221 f.

Vortrag des Saldos auf neue Rechnung 54 Nr. 33.

Vorzugspfandrecht, Erwerb des V. 80 Nr. 20.

W.

Waaren, Kommissionär als unmittelbarer Besitzer der ihm zum Verkauf übergegebenen W. 233 Nr. 7, — Einkauf und Verkauf von W. zum Börsen- und Marktpreis durch einen Kommissionär, Selbsteintritt 253.

Waarenskonto 185.

Wägegebühren 278 Nr. 4.

Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure durch den Spediteur 273, 274 Nr. 5, — des geeigneten Verkehrsweges durch den Spediteur 275 Nr. 8.

Wahlrecht des Gegners bei Verzug 121 Nr. 28.

Wahrnehmung des Interesses des Spediteurs durch den Versender 276 Nr. 11.

Währung beim Handelskauf 61.

Wechsel, Indossirung eines angekauften Wechsels durch den Kommissionär 241 ff., — Pfandrecht des Kommissionärs wegen der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel 247.

Wechselakte des Kommissionärs 242 Nr. 1.

Wechselbürgschaft 29 Nr. 2, 31 Nr. 4.

Wechselordnung, landesgesetzliche Vorschriften zur Ausführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung 414.

„Wenn nicht", Beweislast bei dem so eingeleiteten Ausnahmefall 4 Nr. 5.

Werklieferungsvertrag 151 Nr. 5.

Werthpapiere, kaufmännische Anweisung über Leistung von W., die durch Indossament übertragen werden können 66 ff., — Zurückbehaltungsrecht an W. in beiderseitigen Handelsgeschäften 85, 87 Nr. 7, — Kauf W. 185 ff., — Einkauf vertretbarer Werthpapiere durch den Kommissionär 213 Nr. 29, 214 Nr. 32, — Pflichten des Einkaufskommissionärs bezüglich der in seinem Gewahrsam befindlichen W. 228 Nr. 14, — Kommissionär als unmittelbarer Besitzer der ihm zum Verkauf ꝛc. übergebenen W. 233 Nr. 7, — Uebergang des Eigenthums an den W. vom Kommissionär an den Kommittenten mit Absendung des Stückeverzeichnisses 235 Nr. 11, — Einkauf und Verkauf von W., bei denen ein Börsen- und Marktpreis amtlich festgestellt wird, durch einen Kommissionär, Selbsteintritt 253, — Hinterlegung von W. 295, — Bankverwahrungsgeschäft über W. 306 Nr. 2 ff., — Haftung des Frachtführers für Verlust von W. 322, 326 Nr. 9, — Haftung der Eisenbahn dafür 380 Nr. 9, 390.

Werth, Ersatz des Frachtgutes bei ganzem oder theilweisem Verlust nach gemeinem W. 327, 389.

Widerruf der Kommission, Ausschluß des Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, wenn die Ausführungsanzeige noch nicht zur Absendung abgegeben worden ist

Digitized by Google

266, — der Spedition, Ausschluß des Selbsteintrittsrecht des Spediteurs nach W. durch den Versender 282 Nr. 4.
Widerspruch des Kommissionärs gegen Pfändung des Kommissionsgutes 251 Nr. 1.
Wille, Uebereinstimmung zwischen W. und Willenserklärung 6 Nr. 15.
Wirkung des Selbsteintritts des Kommissionärs 259 Nr. 17 ff., — des Selbsteintritts des Spediteurs 282 Nr. 5, — des Pfandrechts des Verkäufers 356 Nr. 10.
Wohnort des Frachtführers im Frachtbrief 313, 316 Nr. 9, — im Ladeschein 363.
Wolle, Untersuchung auf Mängel 160 Nr. 39.

3.

Zahlung des Kaufpreises, Haftung des Verkaufskommissionärs für pünktliche Zahlung 239 Nr. 2.
Zahlungseinstellung, Zurückbehaltungsrecht im Falle der Z. des Schuldners 92.
Zahlungsleistung, sofortige Z. des Kommissionärs an den Kommittenten bei unbefugtem Verkauf auf Kredit 237.
Zahlungspflicht des Empfängers nach Annahme des Frachtgutes und Frachtbriefes 344.
Zahlungsskonto 185.
Zeit der Leistung 58, 59 Nr. 9 ff., — des Selbsthülfeverkaufs 105 Nr. 27, — Leistung zu genau bestimmter Z. 113 ff., — der Untersuchung der Waare auf Mängel 161 Nr. 45 ff., — innerhalb welcher die Beförderung bewirkt werden soll, im Frachtbrief 313, 316 Nr. 15, — binnen welcher der Frachtführer die Beförderung bewirken soll 319.
Zeitrechnung beim Handelskauf 61.
Zeitweise Unmöglichkeit der Leistung 120 Nr. 21.
Zinsen, gesetzliche Z. bei beiderseitigen Handelsgeschäften 33 ff., — vom Tage der Fälligkeit der Forderung 36 f., — für den Ueberschuß bei der laufenden Rechnung 40, — vom Saldo 54 Nr. 32.
Zinsscheine 80.
Zölle, Erstattung der Auslagen des Lagerhalters für Fracht und Z. 297.
Zollgelder, Pfandrecht des Frachtführers wegen der Z. 354 ff.
Zollkontraventionsstrafe 278 Nr. 4.
Zollverwaltung, Niederlagerung von Waaren in ihren Räumen 291.
Zollvorschriften, Begleitpapiere zur Erfüllung der Z. beim Frachtgeschäft 317 f.
„Zug um Zug" 116 Nr. 7, 8, 9.
Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen und Werthpapieren in beiderseitigen Handelsgeschäften 85, — Ausschluß desselben 90 Nr. 14, — kaufmännisches Z. steht dem Kommissionär nicht zu 233 Nr. 7, — des Kommissionärs gegenüber dem Dritten und dessen Gläubigern 247 Nr. 2, — bürgerliches und kaufmännisches Z. des Spediteurs 279 Nr. 10, — kaufmännisches Z. des Lagerhalters 299 Nr. 2, — bürgerliches Z. desselben 299 Nr. 3, — bürgerliches und kaufmännisches Z. des Frachtführers 357 Nr. 14.
Zurückgabe des Frachtgutes 366, — des Frachtgutes auf Anweisung des Empfängers 335.
Zurückweisung der Mahnung 119 Nr. 14.
Zurückweisungsrecht des Kommittenten bei Ueberschreitung des Limito 221 Nr. 9.
Zusendung unbestellter Waaren 152 Nr. 8, — unbestellter Waaren, Schweigen dabei 19 Nr. 7.
Zuständigkeit für die Klage auf Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstand 93.
Zustimmung des Kommittenten zur Kreditgewährung und zu Vorschüssen seitens des Kommissionärs 237.
Zwangsvollstreckung, Zurückbehaltungsrecht im Falle der fruchtlosen Zw. in das Vermögen des Schuldners 92.
Zwischenspediteur 270 Nr. 11, — Wahl derselben durch den Spediteur 273, 274 Nr. 5, — Ausübung des seinem Vormanne zustehenden Rechts, insbes. dessen Pfandrechts 280.

Digitized by Google

Ergänzungen und Berichtigungen zu Bd. II.

S. 35 Nr. 9. Vgl. hierzu Vo. vom 25. Oktober 1900 Art. 3: „Statt der in den §§ 246, 247, 288 des B.G.B. und im § 352 des H.G.B. aufgestellten Zinssätze gilt in den Konsulargerichtsbezirken ein den landesüblichen Vertragszinsen entsprechender Zinssatz, jedoch höchstens ein solcher von zehn vom Hundert für das Jahr.

S. 148 Nr. 113. Vgl. hierzu O.L.G. Stuttgart in Rechtsprechung des O.L.G. II S. 211: ein Vergleich über ein zweifelloses Differenzgeschäft ist unwirksam; anders, wenn der Vergleich geschlossen wird, weil gerade Streit besteht, ob ein Differenzgeschäft vorliege.

S. 41 ff. Zur Litteratur ist nachzutragen: F. Theusner, Die rechtliche Natur des Kontokorrentvertrages 1901, eine Abhandlung, die das Wesen des Kontokurrentvertrages nur in einer Abänderung der gesetzlichen Imputationsregeln erblickt, im Uebrigen die Grundsätze der Aufrechnung unbedingt zur Anwendung bringen lassen will.

FAG
12-122/061

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google